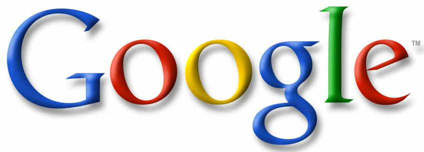
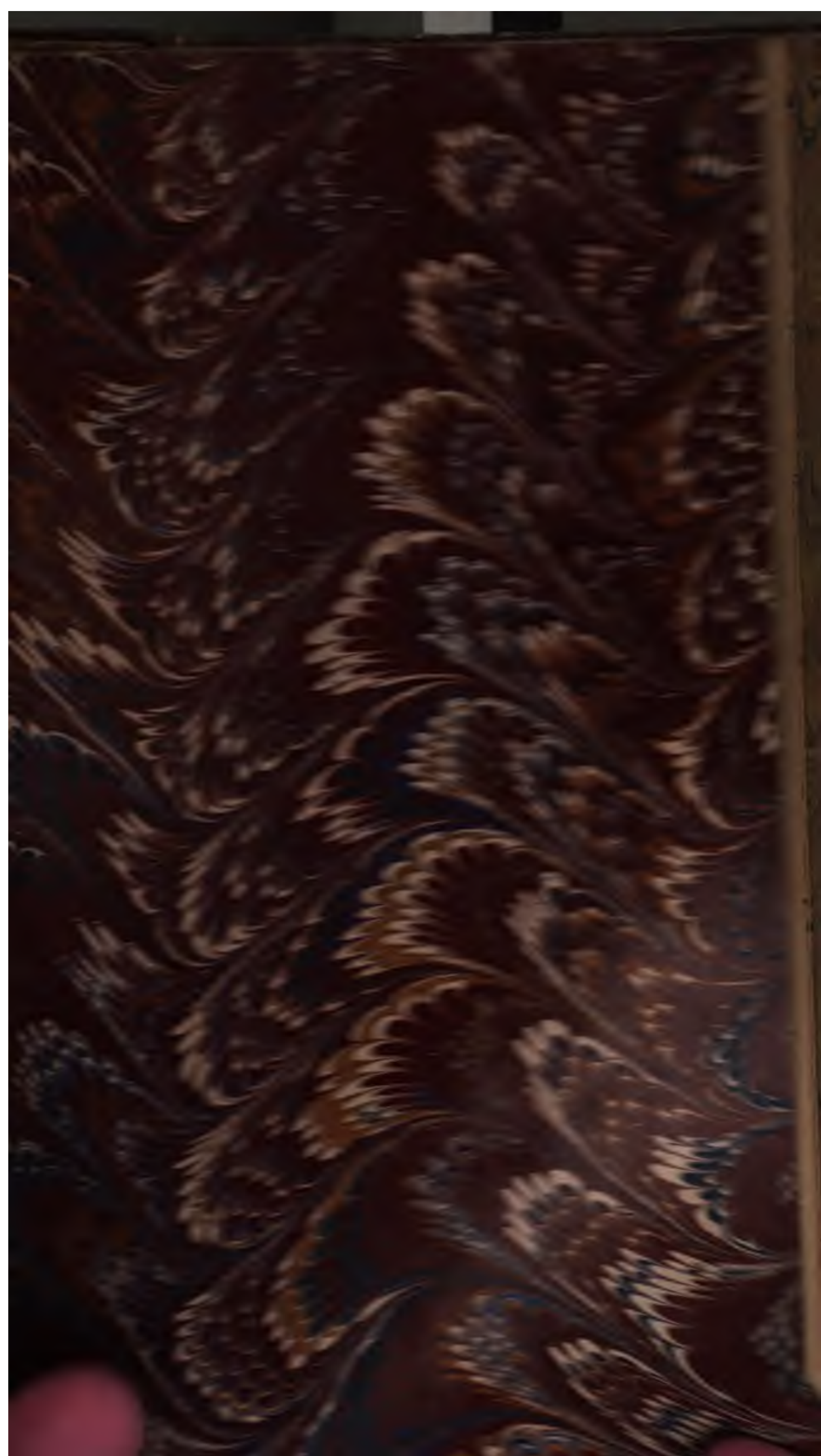



LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN



LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

Corbeil. — Typ. et stér. de Crété fils.

LE DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

PAR

M. G. MASSÉ

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION



TROISIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

TOME DEUXIÈME

PARIS
GUILLAUMIN ET Cie, LIBRAIRES
Éditeurs du Journal des Économistes, de la Collection des principaux Économistes,
du Dictionnaire de l'Économie politique,
du Dictionnaire universel du Commerce et de la Navigation, etc.
Rue Richelieu, 14

1874

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

ET LE DROIT CIVIL

SUITE DU TITRE II (LIVRE II).

DU DROIT CIVIL ET DES LOIS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES RELATIONS INTERNATIONALES INDIVIDUELLES ET LA LIBERTÉ DU COMMERCE INTÉRIEUR.

CHAPITRE I (SUITE).

DES RELATIONS INTERNATIONALES INDIVIDUELLES OU DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

SECTION IV. — DE LA FORME DE PROCÉDER RELATIVEMENT AUX ÉTRANGERS ET AUX ACTES FAITS EN PAYS ÉTRANGER.

SOMMAIRE. — 712. Règle générale. Manière de procéder quant à la forme. — 713. Manière de procéder quant au fond. Renvoi.

712. La règle générale en cette matière est que la forme de procéder doit, comme la compétence, être réglée par la loi du lieu où la demande est formée : d'une part, parce que le juge n'est compétent qu'à la charge d'observer les formes suivant lesquelles il lui est permis de juger ; d'autre part, parce que le droit de rendre la justice étant un des attributs de la souveraineté, la forme suivant laquelle la justice est rendue dans toute l'étendue du territoire, dépend nécessairement des lois établies par le souverain ou par l'autorité pu-

blique. Les juges qui procèderaient suivant les formes établies par des lois étrangères, perdraient toute l'autorité que leur communiquent les lois nationales qui ne les ont institués que pour juger dans une certaine forme et sous certaines conditions.

713. Les contestations qui intéressent des étrangers ou qui s'élèvent à l'occasion d'actes passés en pays étrangers, sont donc, quant à la forme, régies par la loi française, lorsqu'elles sont portées devant des tribunaux français. Quant au fond, il reste naturellement soumis aux lois qui gouvernent l'acte ou la convention dont l'exécution ou l'interprétation donne lieu au procès. Cette distinction capitale entre la forme et le fond n'est pas toujours facile à saisir, et demande quelques explications, dans lesquelles je me propose d'entrer, après avoir exposé les règles spéciales aux étrangers qui procèdent devant les tribunaux français.

§ I. — *Règles spéciales aux étrangers qui procèdent devant les tribunaux français.*

Sommaire. — 714. Division du paragraphe. — 715. Où doit être remise l'assignation? Domicile. Résidence. — 716. Élection de domicile. — 717. L'établissement d'un mandataire équivaut-il à l'élection de domicile? — 718. Du pouvoir donné au mandataire d'élire domicile. — 719. Remise de l'assignation au parquet du procureur de la république. — 720. Délais de comparution. — 721. Formes de l'assignation. — 722. Caution *judicatum solvi*. — 723. Droit romain. — 724. Ancien droit français. — 725. Le défendeur ne peut jamais être astreint à fournir caution. — 726. Le demandeur, principal seul y est assujetti. — 727. *Quid*, de l'intervenant? — 728... De celui qui forme une demande reconventionnelle? — 729... Du demandeur en nullité de saisie? — 730... En nullité d'emprisonnement? — 731... De celui qui revendique un bâtiment pris en temps de guerre? — 732... De celui qui procède à une saisie, ou à un emprisonnement? — 733... De l'appelant, défendeur en première instance? — 734... De l'intimé, demandeur en première instance. — 735. Quand la caution est-elle due en appel? — 736. De l'étranger neutralisé Français. — 737. Du Français qui devient étranger. — 738. De l'étranger admis à jouir des droits civils. — — 739. Réciprocité diplomatique. — 740. La dignité de l'étranger ne le dispense pas de fournir caution. — 741. Le demandeur étranger est-il tenu de fournir caution quand le défendeur lui-même est étranger? — 742. Exceptions à l'obligation de fournir caution. Possession d'immeubles. — 743. Immeubles indivis. — 744. Celui qui possède des immeubles doit-il de plus contracter hypothèque sur ces immeubles? — 745. Matières commerciales. — 746. *Quid*, des incidents portés devant la juridiction ci-

vile? — 747. De la saisie-arrêt formée pour une cause commerciale. — 748. De la demande tendant à faire déclarer exécutoire en France un jugement étranger en matière commerciale. — 749. De l'exécution des jugements des tribunaux de commerce. — 750. Demandes relatives aux brevets d'invention. — 751. Saisie d'objets contrefaits. — 752. Marques de fabrique. — 753. Dessins de fabrique. — 754. Propriété littéraire. — 754 *bis*. De l'étranger admis à l'assistance judiciaire. — 755. Matières criminelles. — 756. La caution ne peut être ordonnée qu'autant qu'elle est demandée.

714. Ces règles sont relatives d'abord à l'assignation qui doit être donnée à l'étranger, ensuite à la caution que doit fournir l'étranger demandeur. Voyons, en premier lieu, ce qui est relatif à la forme de l'assignation.

715. Si l'étranger est domicilié en France, il doit être assigné comme le Français, à personne ou domicile; s'il n'y a qu'une résidence, il est assigné à cette résidence (1). On s'est cependant demandé si l'étranger qui n'a en France qu'une résidence peut y être assigné lorsqu'il n'y est pas trouvé en personne par l'huissier exploitant ; en d'autres termes, si l'étranger ne doit pas nécessairement être assigné en parlant à sa personne, quand il n'a pas de domicile et qu'il n'a qu'une résidence de fait. Mais la question me paraît formellement résolue par l'article 69-8° du Code de procédure civile, qui, en disposant d'une manière générale que *celui* qui n'a pas de domicile connu en France, doit être assigné à sa résidence actuelle, ne fait aucune distinction entre les Français et les étrangers (2).

L'étranger qui n'a en France ni domicile ni résidence peut être assigné en parlant à sa personne quand il est trouvé en personne (3). Celui auquel est destiné un exploit d'assignation, n'en est jamais plus sûrement saisi que lorsque cet exploit lui est remis en mains propres.

Si au contraire, ce qui arrive le plus ordinairement, l'assignation ne peut lui être donnée personnellement, elle doit être laissée au parquet du chef du ministère public près le

(1) Cod. procéd., art. 69-8°; Cass., 27 juin 1809 et 20 août 1811, S., 41, 80 et 395.

(2) Cass., 2 juill. 1822, *ibid.*, 7, 1, 105; Chauveau, sur Carré, n. 371 *ter;* Pigeau, *Comment.*, t. I, p. 198.

(3) Cod. proc., art. 68 et 74 ; Guichard, *Des droits civils*, n. 269.

tribunal où sera portée la demande, lequel visera l'original et enverra la copie, pour ceux qui habitent le territoire français hors du continent, au ministre de la marine; et pour ceux qui sont établis en pays étranger, au ministre des affaires étrangères. Telle est la disposition du numéro 9 de l'article 60 du Code de procédure.

716. On comprend que si l'étranger, bien que non résidant en France, y avait élu domicile chez un tiers pour l'exécution de l'acte qui donnê lieu au procès, il serait valablement assigné à ce domicile élu, et qu'il n'y aurait pas lieu de suivre la marche tracée par la disposition précitée de l'article 59.

717. Mais il faut pour cela que cette élection de domicile soit expresse, ou du moins qu'elle soit la conséquence nécessaire de l'obligation dont l'exécution donne lieu au procès. C'est ainsi que l'étranger qui, n'ayant ni domicile ni résidence en France, promet de payer un billet par lui souscrit, en France et dans un certain lieu, peut être valablement assigné dans ce lieu au domicile par lui indiqué pour le payement. C'est ainsi encore que celui qui a chargé un mandataire de répondre aux actions dirigées contre lui, ou qui, en faisant choix d'un mandataire pour certaines affaires, lui a donné pouvoir spécial pour répondre aux actions qui naîtraient de l'exécution du mandat, est valablement assigné pour l'exécution des obligations souscrites en son nom par le mandataire, au domicile de ce dernier (1).

Néanmoins, sur ce dernier point, M. Chauveau (2) est d'un avis contraire. Suivant lui, la procuration qu'une personne aurait donnée à une autre, même à l'effet de la représenter en justice, soit généralement, soit dans une affaire spéciale, peut bien créer des droits et des devoirs entre le mandant et le mandataire, mais non conférer les uns ou les autres à des tierces personnes. « Nous ne croyons pas, ajoute-t-il, qu'un pareil mandat puisse donner le droit à un tiers d'assigner le mandant au domicile du mandataire. Le défendeur ne pourrait-il pas se plaindre que le vœu de l'article 58 n'a pas été

(1) Carré, n. 353 *bis*.
(2) Sur Carré, *ibid.*

rempli, que l'exploit n'a été remis ni à sa personne, ni à son domicile ? On ne pourrait lui opposer le mandat par lui donné; car cet acte ne lui a fait contracter aucune obligation à l'égard des tiers, et il était libre d'ailleurs de le révoquer à chaque instant. »

J'avoue que je ne saisis pas la portée de ce raisonnement. Il ne s'agit pas de savoir si l'étranger défendeur qui, n'ayant ni domicile ni résidence en France, a chargé un mandataire de répondre pour lui aux actions dont il serait l'objet, a conféré aux tiers le droit irrévocable de l'assigner au domicile de ce mandataire, de telle sorte que ce mandataire ne puisse être révoqué ; mais si, tant que ce mandataire n'a pas été révoqué, les tiers qui ont des demandes à former contre le mandant peuvent l'assigner au domicile du mandataire : ce qui ne me paraît pas douteux, puisque le mandant, en mettant le mandataire en son lieu et place, précisément en ce qui touche la défense aux demandes formées contre lui, a plus fait que d'élire simplement un domicile. Qu'importe dès lors que le mandant ait pu révoquer le mandat, et, par suite, l'élection de domicile qui en est la conséquence ? Il est évident que cette faculté, qui tourne contre le demandeur quand il en a été fait usage, ne peut lui être opposée tant que le mandat n'est pas révoqué, et que le défendeur ne pourrait être reçu à argumenter de ce qu'il eût pu faire et de ce qu'il n'a pas fait. Le défendeur serait alors d'autant moins fondé à se plaindre qu'il pouvait, en révoquant le mandat, empêcher le demandeur de l'assigner au domicile du mandataire, et, qu'ainsi, s'il éprouve un dommage, c'est à lui seul qu'il doit s'en prendre.

Du reste un mandat, bien que relatif à l'affaire qui donne lieu au procès, serait insuffisant pour autoriser le demandeur à assigner l'étranger au domicile du mandataire, s'il ne donnait pas au mandataire un pouvoir spécial pour répondre à l'action. C'est ce qui a été jugé avec raison par la cour de cassation, le 5 août 1807 (1).

(1) S., 2, 1, 419.

Cependant, la cour de Rennes a jugé le contraire, le 13 mars 1818 (1), « attendu qu'en matière de commerce, un négociant est représenté en vertu d'une simple lettre par son correspondant, pour tout ce qui est relatif à l'objet de la réclamation qu'il peut être fondé à exercer; et que, dans l'intérêt même des étrangers, les formes établies pour prévenir un nouveau procès et faciliter les moyens de conciliation entre les citoyens d'un même État ne doivent pas être étendues à ceux d'une autre nation, dont le domicile peut être incertain ou fixé à de grandes distances, qui exigeraient pour la consommation d'affaires toujours célères, des délais incompatibles avec la nature même de l'affaire. » Mais voir dans un mandataire, sans pouvoir spécial pour agir et défendre en justice, dans un simple correspondant, un représentant du mandant tellement complet, que les assignations données à celui-ci puissent être remises au domicile de celui-là, c'est faire au commerce une mauvaise position sous prétexte de lui en faire une bonne. Il est bien sans doute que les affaires commerciales soient affranchies des longueurs inséparables des affaires civiles proprement dites, et de tendre à des abréviations de délais, quand cela est possible ; mais encore faut-il que les parties soient mises à même de se défendre, et que les assignations destinées aux étrangers, quand elles ne leur sont pas remises à personne, soient remises dans un lieu désigné par la loi, ou par le défendeur lui-même. Or un pouvoir qui n'est pas spécial à l'action à laquelle il s'agit de défendre ne peut être considéré comme renfermant implicitement une élection de domicile relativement aux assignations données pour parvenir à l'exercice de l'action à laquelle le mandataire ne pourrait pas répondre.

718. Par la même raison, le pouvoir donné à un mandataire d'élire domicile chez lui pour le mandant ne peut valoir comme élection de domicile chez le mandataire, tant que celui-ci n'a pas fait usage de ce pouvoir (2).

(1) *Journal des avoués*, v° *Exploit*, n. 315.
(2) Cass., 18 mars 1839, S., 39, 1, 510.

719. Remarquons que la forme tracée par le n° 9 de l'article 69 du Code de procédure, en ce qui touche la remise de l'assignation au parquet du représentant du ministère public près le tribunal auquel la demande doit être portée, est applicable même au cas où il s'agit d'une affaire de la compétence d'une juridiction près de laquelle il n'y a pas de ministère public, par exemple d'un tribunal de commerce ou d'un juge de paix. L'article est général ; et le mode qu'il prescrit ne pourrait être suppléé par aucun autre qui garantit d'une manière suffisante et légale que l'exploit est parvenu à l'étranger auquel il est destiné (1). Dans ce cas, l'exploit d'assignation doit être remis au parquet du tribunal dans le ressort duquel se trouve le tribunal de commerce, ou le juge de paix devant lequel l'affaire doit être portée.

720. Quant aux délais de comparution, ils sont diversement réglés, selon que l'étranger habite la France, comme domicilié ou résidant ; selon qu'il y est trouvé et que l'assignation est donnée à sa personne ; ou selon qu'elle est remise au parquet du magistrat chargé de la lui faire parvenir.

Dans le premier cas, le délai est réglé par l'article 72 du Code de procédure, aux termes duquel le délai des ajournements est de huitaine pour tous ceux qui sont domiciliés en France : ce qui doit s'entendre aussi de ceux qui ont une résidence ou un domicile élu.

Dans le second cas, le délai est encore de huitaine suivant l'article 74, qui dispose que lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France sera donnée à sa personne en France, elle n'emportera que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y a lieu.

Enfin, dans le dernier cas, le délai est réglé selon la distance par l'article 73 du même code.

721. Quant à la forme des exploits et des assignations, elle est déterminée par les articles 61 et suivants du Code de procédure, qui s'appliquent à tous les exploits faits en France, quels que soient d'ailleurs ceux au nom de qui ils sont faits, et et ceux à qui ils sont destinés.

(1) Carré, n. 374 ; Chauveau, sur Carré, *ibid.*

722. Je passe maintenant à la caution que doit fournir l'étranger demandeur.

Nous avons déjà vu (1) que les étrangers peuvent ester en justice en France, soit en demandant, soit en défendant. L'article 15 du Code civil les autorise formellement à traduire devant un tribunal de France, les Français avec lesquels ils ont contracté, même en pays étranger ; et les principes généraux du droit, limités dans leur application par une jurisprudence que nous avons combattue (2), les autorisent également à agir contre d'autres étrangers.

Cependant, ce droit d'agir est en certains cas subordonné à l'observation d'une condition préalable qui en suspend l'exercice, plutôt qu'elle ne le limite.

Aux termes de l'article 16 du Code civil, « en toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce payement (3). »

Cette disposition a été développée par l'article 166 du Code de procédure, suivant lequel : « Tous étrangers demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés. »

L'article 167 ajoute : « Le jugement qui ordonnera la caution, fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie : le demandeur qui consignera cette somme ou qui justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution. ».

On a donné à cette caution le nom de *caution judicatum solvi.*

(1) *Sup.*, n. 647.

(2) *Sup.*, n. 652 et suiv.

(3) Il est du reste à remarquer que l'étranger qui ne fournit pas la caution *judicatum solvi* à laquelle il est assujetti par un jugement, ne doit pas être déclaré déchu de son action, mais seulement déclaré non recevable *quant à présent.* Bordeaux, 24 janv. 1851, S., 51, 2, 254.

723. En droit romain, on donnait le nom de *caution judicatum solvi*, à celle que le défendeur était en certain cas tenu de donner, et qui avait pour objet de garantir le payement des condamnations principales qui pouvaient être prononcées contre lui (1); quant à la caution que le demandeur était tenu de fournir, *ad excludendas calomniosè moventium intentiones et executorum fraudes*, et qui ne garantissait que le payement *sumptuum et expensarum*, des frais et des dépens (2), elle différait essentiellement par son objet de la caution *judicatum solvi* du droit romain. C'est donc à tort que, dans notre droit français, on a donné le nom de caution *judicatum solvi*, à celle qui est due par le demandeur et qui n'a pas pour objet le *jugé*, *judicatum*, mais seulement les dépens et les dommages-intérêts, *sumptus et expensæ*.

724. Dans l'ancien droit français, aucune loi n'imposait aux parties l'obligation de fournir caution pour le payement des frais ou des dommages-intérêts. Mais une jurisprudence généralement établie, avait assujetti à cette formalité l'étranger demandeur en matière non commerciale (3). C'est cette jurisprudence qui a été consacrée par les articles précités du Code civil et du Code de procédure.

725. On comprend que l'étranger qui ne possède en France aucun bien immeuble, que rien n'attache au sol, qui peut, en disparaissant pour ne jamais revenir où rien ne le rappelle, tout emporter avec lui, soit tenu, lorsqu'il forme une demande en justice, de donner caution de payer les frais et les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné si son action est jugée mal fondée. Mais on ne comprendrait pas que l'étranger contre lequel est formée une demande juste ou injuste, ne pût se défendre qu'après avoir fourni caution. La défense est de droit naturel. Rien d'ailleurs ne force le demandeur à agir; s'il agit, il se soumet donc aux conditions qui règlent dans l'intérêt du défendeur, l'exercice de son action. Le dé-

(1) Voy., *Institutes*, lib. IV, tit. XI, *De satisdationibus*.

(2) Novelle 112, cap. II.

(3) Bacquet, *Du droit d'aubaine*, 2e part., ch. XVI; Denisart, v° *Caution judicatum solvi;* Merlin, *Répert.*, *hoc. verb.*

fendeur, au contraire, étant forcé de se défendre, par cela même qu'il est attaqué, rien ne doit gêner, au profit du demandeur, l'exercice de la défense que lui-même a rendue nécessaire. *Actor voluntariè agit, reus autem ex necessitate se defendit.* C'est ce qui a été jugé sous l'ancien droit par arrêt du parlement de Paris du 13 février 1581, cité par Bacquet (1).

726. Il est même à remarquer qu'aux termes de l'art. 166 du Code de procédure, c'est l'étranger demandeur *principal* ou intervenant qui seul peut être tenu de fournir caution; de telle sorte que le défendeur, qui se rend reconventionnellement ou incidemment demandeur, n'est pas soumis à l'obligation de fournir caution, parce que sa demande reconventionnelle ou incidente est une défense à l'action principale.

727. L'intervenant lui-même n'est tenu de fournir caution que lorsqu'il est demandeur en intervention (2); si au contraire il est assigné et forcé d'intervenir, même pour le demandeur principal, comme il reste défendeur en ce qui le regarde, il ne doit pas la caution (3).

728. Il suit de là que celui qui forme une demande servant de défense nécessaire à une poursuite antérieure ou à un acte d'exécution, ne peut être considéré comme un demandeur principal, ni, comme tel, être tenu de fournir caution: on doit le considérer comme défendeur relativement à la poursuite ou à l'action contre laquelle sa demande est dirigée.

729. Ainsi, l'étranger demandeur en nullité d'une saisie formée à son préjudice, est dispensé de fournir caution: c'est le saisissant qui est demandeur principal (4).

730. Il en était de même de l'étranger qui, détenu pour dettes, demandait son élargissement (5). Le contraire a été

(1) *Ubi sup.*, n. 3.

(2) Delvincourt, t. I, p. 197, note 3; Pigeau, liv. II, part. 2, tit. I, ch. I; Chauveau, sur Carré, n. 697 *bis*.

(3) Berriat, t. II, p. 227, note 44; Chauveau, *ibid.*

(4) Merlin, *Répert.*, v° *Caution judicatum solvi*, § 1, cite un arrêt du parlement de Douai, rendu en ce sens le 4 janvier 1772.

(5) Trib. de prem. inst. de la Seine, 22 octobre 1831, S., 31, 2, 327, à la la note.

jugé, il est vrai, par la Cour de Paris, le 20 octobre 1831, attendu que la demande en élargissement est une *demande principale* (1). Mais il semble évident que considérer comme demandeur principal celui qui forme une demande dont l'objet n'est qu'une défense à une exécution antérieure, c'est, suivant l'expression fort juste de M. Boncenne, qui combat la jurisprudence de la cour de Paris, s'en tenir à l'écorce du mot *demandeur* (2).

La solution serait la même si, à sa demande en nullité de la saisie ou de l'emprisonnement, l'étranger joignait une demande en dommages-intérêts : les dommages-intérêts, qui ne forment qu'un chef accessoire de conclusions, ne constitueraient pas une demande principale (3).

731. On doit décider de même à l'égard d'un étranger dont le bâtiment ou les marchandises ont été pris en mer pendant la guerre, et qui vient les réclamer. Le réclamateur ne peut être regardé que comme défendeur à la confiscation de son navire, à laquelle il est forcé de s'opposer. On ne pourrait donc l'obliger à donner caution sans entraver le droit qui lui appartient de revendiquer la propriété dont il prétend avoir été injustement dépouillé (4).

732. De ce que l'étranger qui demande la nullité d'une saisie ou d'un emprisonnement doit être considéré comme défendeur, et être dispensé en conséquence de fournir caution, il semble qu'on doive en conclure que l'étranger qui procède à la saisie ou à l'emprisonnement est un demandeur, et que, comme tel, il est tenu de fournir caution. Il ne paraît pas, dit M. Merlin (5), qu'il puisse s'élever là-dessus de difficulté, lorsqu'il s'agit d'une saisie formée, soit en vertu d'un titre non exécutoire, soit, sans titre, en vertu de la permission du juge. Mais il en serait autrement, ajoute le même auteur, s'il s'agissait d'une saisie pratiquée en vertu d'un

(1) S., 31, 2, 327 ; M. Legat, *Code des étrangers*, p. 311.
(2) *Théorie de la procéd.*, t. III, p. 177 ; Chauveau, sur Carré, n. 698.
(3) Fœlix, *Droit internat.*, n. 190.
(4) Lefebvre de la Planche, *Traité du domaine*, liv. VI, ch. VIII, n. 7.
(5) *Répert.*, vº *Caution jud. solvi*, t. XVI, p. 138.

titre exécutoire; et la raison en est qu'encore bien que dans ce cas le saisissant étranger fût réellement demandeur, la partie saisie, étant légalement présumée débitrice, serait censée avoir dans ses mains un gage suffisant pour répondre des condamnations qu'elle pourrait obtenir (1). Cette raison, donnée par M. Merlin, me semble plus décisive que celle sur laquelle s'appuie M. Duranton (2), et qui consiste à dire que l'étranger porteur d'un titre paré dont il poursuit l'exécution, ne demande rien aux tribunaux, parce que c'est le souverain qui ordonne directement aux officiers par lui préposés de de prêter leur ministère pour l'exécution du titre lorsqu'ils en seront légalement requis. En effet, celui qui fait commandement d'exécuter un titre exécutoire, se constitue par cela même demandeur quant à l'exécutoin qu'il poursuit par toutes les voies judiciaires ou extra-judiciaires. Si donc il est dispensé de fournir caution, ce n'est pas parce qu'il n'est pas demandeur, mais parce que, quoique demandeur, son titre le fait présumer créancier, et que sa créance peut en quelque sorte être considérée comme caution anticipée.

733. On s'est demandé si l'étranger qui a plaidé en première instance comme défendeur, et qui plaide en cause d'appel, comme appelant, doit fournir en appel la caution à laquelle il n'était pas tenu en première instance; et on a avec raison décidé qu'il ne la devait pas, car quoique devenu demandeur en appel, ce recours, n'ayant pour objet qu'une défense à l'action dirigée contre lui, n'est pas à proprement parler une demande principale (3).

Il en serait de même en cas de requête civile, ou de pourvoi en cassation.

734. Par la raison contraire, dit M. Merlin (4), un intimé qui est demandeur originaire, conserve cette qualité en cause d'appel; et si l'appelant demandeur originaire exige une cau-

(1) Cass., 9 avril 1807, S., 2, 1, 370.

(2) T. I, n. 161.

(3) Arrêts du parlement des 16 janvier 1710 (Brillon, v° *Caution*, n. 225), et 4 mai 1836 (Nouveau Denizart, v° *Caution jud. solvi*, p. 328); Merlin, *Répert.*, v° *Caution jud. solvi*, § 1.

(4) *Ibid.*

tion, il est tenu de la lui donner. L'étranger, dit très-bien M. Boncenne (1), sera toujours ce qu'il était originairement ; il ne cessera point d'être le demandeur; il ne se défend contre l'appel que pour soutenir sa demande. Il devra donc donner caution pour cette seconde instance (2).

735. Il est à remarquer que, dans ce cas, la caution est due en appel, bien qu'elle eût été demandée et fournie en première instance, parce que la caution ordonnée par les premiers juges ne peut, à moins de disposition expressément contraire, s'appliquer qu'aux frais et dommages-intérêts de première instance, et non à ceux d'une instance d'appel qui alors n'était pas prévue (3).

Mais il est à remarquer aussi que si la caution n'a pas été demandée en première instance, celle qui est demandée et obtenue en appel ne peut s'appliquer qu'aux frais d'appel, et nullement à ceux de première instance, puisque la demande, relativement aux frais de première instance, serait couverte faute d'avoir été proposée, comme l'exige l'article 166 du Code de procédure, avant toutes autres exceptions et défenses (4).

On a même été jusqu'à prétendre que la caution ne pouvait être demandée en appel, lorsqu'elle n'avait pas été demandée en première instance, et que, par son silence à cet égard, le défendeur encourait la déchéance prononcée par l'article 166 précité. Mais je crois que c'est une erreur. *Causa appellationis est diversa à causâ principali, estque instantia diversa.* L'appel constitue une instance distincte quant aux frais, bien qu'il soit d'ailleurs le renouvellement de l'instance principale. Le défendeur peut donc proposer, quant aux frais d'appel, l'exception qu'il a négligé de proposer quant aux frais de première instance (5).

(1) *Théorie de la proc.*, t. III, p. 179.

(2) Delvincourt, t. I, p. 197, note 2 ; Legat, *Code des étang.*, p. 314.

(3) Carré, n. 700, note ; Chauveau, *ibid.*

(4) Carré, *ibid.*

(5) Voy. en ce sens, Paris, 14 mai 1831, S., 31, 2, 177 ; 10 mars 1838, *Ibid.*, 38, 2, 182 ; et 23 juillet 1840, *Ibid.*, 40, 2, 429. Bordeaux, 23 janv. 1849. *Ibid.*, 51, 2, 46 ; et Paris, 19 janv. 1856, *Ibid.*, 57, 2, 348 ; Legat, p. 314 ;

736. Nous avons déjà vu que c'est l'étranger demandeur qui seul peut être tenu de fournir caution.

Il suit de là que cette charge ne peut être imposée à l'étranger naturalisé Français.

737. Réciproquement, le Français qui perd la qualité de Français et devient étranger, est, comme l'étranger d'origine, obligé de fournir caution s'il se rend demandeur en France. Mais celui qui habite en pays étranger ou qui s'y est établi avec esprit de retour, par exemple en y faisant un établissement de commerce, et qui conserve ainsi sa qualité de Français (1), ne peut y être assujetti (2).

738. Quant à l'étranger admis par le gouvernement à établir son domicile en France, et qui par conséquent y jouit de l'exercice des droits civils, je le crois dispensé de fournir caution; d'une part, parce que le droit de plaider sans cautionnement préalable est un droit civil dont il est en conséquence appelé à jouir; ensuite, parce que le domicile qu'il est autorisé à établir en France, et qu'il est tenu d'y conserver, s'il ne veut pas perdre les priviléges qui y sont attachés, est une garantie de fixité que ne présente pas l'étranger ordinaire, à l'instabilité duquel la caution *judicatum solvi* a précisément pour objet de remédier (3).

739. A plus forte raison en est-il ainsi, lorsqu'un traité diplomatique, fondé sur les principes de la réciprocité, dispense les étrangers en France, comme les Français en pays étranger, de l'obligation de fournir caution. Je pense même qu'il suffirait que le traité stipulât une réciprocité générale des droits civils.

M. Merlin va même jusqu'à prétendre qu'il suffit, pour

Fœlix, n. 138. Mais voy. en sens contraire, Toulouse, 16 août 1831, *Ibid.*, 34, 2, 44; Douai, 15 avril 1833, *Ibid.*, 33, 2, 242; Bruxelles, 20 avril 1833, *Ibid.*, 34, 2, 240; Demolombe, t. I, n. 258; Marcadé, sur l'art. 16, C. civ.

(1) Cod. civ., art. 17.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Caution jud. solvi*, § 1; Fœlix, *Droit internat.*, t. I, n. 136. — On jugeait quelquefois le contraire sous l'ancien droit. Voy. Merlin, *ibid.*; et Denizart, *eod. verb.*, n. 12.

(3) Boncenne, t. III, p. 180; Boitard, t. II, p. 11; Fœlix, t. I, n. 133; Chauveau, sur Carré, n. 701.

qu'un étranger ne soit pas tenu de fournir caution en France qu'un traité diplomatique fait entre les deux puissances autorise l'exécution dans l'un des jugements rendus dans l'autre. « D'où vient, dit-il, la nécessité de la caution *judicatum solvi*, lorsqu'un étranger se constitue demandeur devant un tribunal français? De ce qu'en thèse générale, les jugements des tribunaux français sont sans effet en pays étranger, comme les jugements rendus en pays étranger sont sans effet en France. Or, ce motif cesse absolument, lorsque, par un traité entre la France et la nation à laquelle appartient le demandeur étranger, le jugement qui peut intervenir contre celui-ci en France, est susceptible d'exécution dans son pays (1). » Sans doute, la difficulté que pourrait éprouver le Français à exécuter en pays étranger les condamnations prononcées contre l'étranger demandeur, et qui n'y seraient pas exécutoires, est une des raisons pour lesquelles on a imposé à l'étranger l'obligation de fournir caution. Mais cette caution a aussi pour objet, et pour objet principal, de ne pas contraindre le défendeur à suivre le demandeur en pays étranger pour y mettre à exécution les condamnations qu'il a obtenues, lors même qu'elles y seraient exécutoires. La loi a voulu surtout épargner au défendeur français les dépenses et les embarras inséparables du dérangement que rendrait nécessaire une exécution poursuivie en pays étranger; et comme ces dépenses et ces embarras subsisteraient toujours, lors même que le jugement rendu contre le demandeur étranger serait exécutoire hors de France, il me semble évident que la possibilité d'exécution ne peut être un motif suffisant pour dispenser l'étranger de fournir une caution qui garantisse au défendeur que les condamnations qu'il obtiendra lui seront payées dans le lieu où il les aura obtenues.

Il est bien vrai que, dans l'ancien droit, on dispensait quelquefois de fournir caution les étrangers nés dans des pays où l'on était dans l'usage d'exécuter sur un simple *pareatis* les jugements rendus dans le royaume. Mais, comme le fait re-

(1) *Répert.*, v° *Caution jud. solvi*, et t. XVI, *add.*, p. 139.

marquer M. Merlin lui-même, ce système n'était accueilli que dans quelques circonstances où des raisons d'État et de réciprocité paraissaient l'exiger; par exemple, lorsque, dans le pays de cet étranger, les Français étaient admis à plaider sans caution. La force exécutoire des jugements n'était donc pas le seul motif de la dispense de fournir caution. On comprend, d'ailleurs, qu'à une époque où il n'y avait aucune loi sur la matière, les tribunaux aient pu se faire des règles diverses relativement à l'obligation de donner caution, et que la force exécutoire des jugements français en pays étranger ait pu leur paraître en certains cas une raison suffisante de dispenser de la caution le demandeur étranger, contre lequel les condamnations prononcées étaient exécutoires dans son propre pays. Mais aujourd'hui, en présence de la législation qui nous régit, cette ancienne jurisprudence, en la supposant constante, ne peut plus avoir aucune autorité (1).

Il en est de même de la jurisprudence qui avait introduit une exception à l'obligation de donner caution en faveur des étrangers appartenant à des pays qui avaient fait avec la France des traités d'abolition mutuelle du droit d'aubaine (2). On ne serait certainement pas reçu aujourd'hui à prétendre que l'abolition du droit d'aubaine, en France, a abrogé l'article 16 du Code civil, relativement à tous les sujets des puissances chez lesquelles le droit d'aubaine n'est pas exercé envers les Français.

740. L'obligation de donner caution pèse sur tout étranger, quelle que soit d'ailleurs sa qualité ou sa dignité. Dans l'ancien droit, on jugeait que le noble comme le roturier était soumis à cette règle, parce qu'elle est générale, et que ses motifs ne peuvent pas admettre de restriction en faveur de l'un plutôt qu'en faveur de l'autre (3). Bouchel (4) cite un

(1) Colmar, 12 avril 1859, S., 59, 2, 428.

(2) Voy. Merlin, *ibid.*; Denizart, *eod. verb.*, n. 4, 5, 6, et 19.

(3) Merlin, *Répert.*, *ibid.*

(4) *Bibliothèque*, v° *Judicatum solvi.* — Lors d'un arrêt du 6 février 1630, M. l'avocat général Talon cita un arrêt alors récent qui avait jugé dans le même sens contre un chevalier de Malte. (*Journ. des aud.*, t. I, liv. II, ch. LXVI.)

arrêt du 7 juillet 1576, qui a jugé qu'un gentilhomme franc-comtois qui voulait plaider en France, ne pouvait pas se prévaloir de sa naissance pour éviter de donner caution.

Le caractère d'un ambassadeur ou autre agent diplomatique n'est même pas une cause d'exemption. Si un ambassadeur ou un ministre public croit devoir s'adresser aux tribunaux de la nation chez laquelle il exerce ses fonctions diplomatiques, il faut qu'il se soumette aux lois du pays dont il accepte la juridiction; et la caution alors est d'autant plus nécessaire, que si elle n'était pas fournie, le défendeur qui obtiendrait gain de cause pourrait éprouver plus d'un obstacle pour exécuter la condamnation contre une partie que protégerait le privilége de l'exterritorialité et de l'inviolabilité (1). Denizart (2) cite à ce sujet un arrêt du 15 mars 1732, rendu par les commissaires du conseil nommés pour juger des contestations dans lesquelles était intéressé le comte de Golowkin, ambassadeur de la czarine en France, arrêt qui condamna ce diplomate, conjointement avec les autres demandeurs, à donner caution *judicatum solvi.*

Les souverains mêmes n'en sont pas dispensés. Le prince de Hohenlohe, demandeur contre le prince de Nassau-Siegen, avait été condamné, le 11 janvier 1777, par jugement des requêtes de l'hôtel au souverain, à fournir caution *judicatum solvi.* Ce jugement fut cassé pour vice de forme, et l'affaire renvoyée à la grand'chambre du parlement de Paris, qui rendit, le 23 mai 1781, un arrêt semblable à celui des requêtes de l'hôtel. « Pourquoi, disait à cette occasion M. l'avocat général Séguier, un souverain en serait-il exempt ? Il n'est souverain que dans ses États ; sa qualité est au contraire un titre de plus pour exiger de lui la caution, puisqu'il ne serait pas possible de mettre à exécution dans ses États la condamnation qu'il aurait encourue (3). »

(1) Voy. t. I, liv. II, tit. I, ch. III.

(2) V° *Caution jud. solvi*, n. 7.

(3) Boncenne, t. III, p. 173; Merlin, *Répert.*, v° *Caution jud. solvi;* et *Quest. eod. verb.*, § 2 ; Boitard, t. II, p. 8; Chauveau, sur Carré, n. 701; Fœlix, t. I, n. 143.

Une application de ces principes a été faite en Angleterre au roi de Grèce, Othon Ier. Ce prince réclamait 25,000 liv. sterl. d'un négociant anglais. Celui-ci voulait que le roi de Grèce fût tenu de fournir caution parce qu'il était étranger et qu'il ne possédait aucune propriété en Angleterre. Vainement l'attorney général, gardien moins sévère des principes que ne l'avait été l'avocat général Séguier, essaya de faire repousser cette demande, en invoquant la différence qu'il y a entre un roi et un simple particulier, et en cherchant à effrayer le tribunal anglais des conséquences d'une condamnation dans laquelle il voyait une injure et un juste sujet de guerre. Le juge n'en condamna pas moins le roi Othon à fournir caution (1) : un roi, en agissant et en plaidant comme un simple particulier, ne peut se prévaloir d'une qualité qui n'est pas celle dans laquelle il agit.

741. Jusqu'ici, en exposant les divers cas dans lesquels le demandeur étranger est tenu de fournir caution, nous avons supposé que le défendeur, dans l'intérêt duquel elle est fournie, était Français. Il nous reste maintenant à examiner si l'obligation de donner caution pèse également sur le demandeur étranger, lorsque le défendeur lui-même est étranger. La question est controversée ; et il y a de part et d'autre des autorités imposantes, aussi bien par le poids que par le nombre.

Hâtons-nous de dire, pour simplifier la difficulté, qu'elle ne peut naître d'une manière sérieuse que lorsque le défendeur étranger n'est pas admis à jouir des droits civils ; car, dans ce dernier cas, de même que le demandeur étranger, admis à jouir des droits civils en France, est dispensé de fournir caution, parce que le droit de plaider sans caution est un droit civil (2), de même aussi réciproquement le défendeur étranger qui a la jouissance des droits civils, doit être reçu à exiger cette caution, alors même qu'il n'y serait pas admis s'il n'avait pas cette jouissance, parce que, si le droit de la refuser est un droit civil, le droit de la demander et de l'obtenir est réciproquement un droit civil. Aussi, ceux qui refusent au défendeur

(1) *Journal général des Tribunaux*, numéro du 24 novemb. 1837.
(2) Voy. *sup.*, n. 503.

étranger le droit d'obtenir caution de l'étranger demandeur, ne font-ils aucune difficulté de reconnaître que ce droit appartient à l'étranger défendeur, lorsqu'il est admis à jouir des droits civils (1).

Examinons donc la question, relativement au cas où les deux étrangers sont dans une position égale, purement étrangers, et ne jouissant ni l'un ni l'autre des droits civils, parmi lesquels se trouvent d'une part le droit de plaider sans caution, et d'autre part le droit de l'exiger.

La question s'était déjà présentée sous l'ancien droit, et un arrêt du Parlement de Paris, du 23 août 1571, rapporté par Papon (2), et par Bacquet (3), l'avait résolue en faveur du défendeur étranger contre le demandeur étranger, en condamnant celui-ci à fournir caution. Raviot, sur Perrier (4), approuve cet arrêt. « Les étrangers, dit-il, à qui l'on doit toute justice et protection, lorsqu'ils viennent l'implorer en France, n'auraient pas plus de moyens de se faire payer et d'exercer des contraintes l'un contre l'autre, qu'un Français qui aurait obtenu des adjudications contre eux : les jugements rendus en France ne sont pas plus exécutoires dans les pays étrangers que ceux qui ont été prononcés dans ces pays n'ont de force et d'exécution en France : ces étrangers, qui plaident l'un contre l'autre, peuvent être sujets de différents Etats : il n'est donc pas juste que ni l'un ni l'autre risque les frais d'une demande légitime et nécessaire. »

A ces arguments que les auteurs modernes ont développés, M. Merlin ajoute qu'à la vérité l'article 16 du Code civil paraît, par sa liaison avec l'article 15, ne porter que sur le cas où l'action est intentée par un étranger contre un Français. Mais, répond-il aussitôt, il ne faut pas conclure de son silence, sur le cas où le procès est entre deux étrangers, que le défendeur étranger soit dispensé de donner caution. Son silence sur ce

(1) Voy. Legat, *Code des étrangers*, p. 313 ; Pigeau, liv. II, tit. I, ch. I, sect. III, § 1 ; Cass., 15 avril 1840. S., 42, 1, 473.

(2) Liv. VIII, tit. I, n. 7.

(3) *Du droit d'aubaine*, ch. XVI.

(4) Quest. 202.

cas n'a d'autre cause que celui que garde le Code civil sur les procès que deux étrangers peuvent avoir l'un contre l'autre devant un tribunal français ; et lorsque ce cas se présente, il faut, en se reportant au motif de cet article, obliger le demandeur étranger à fournir caution, parce que sans cela le défendeur, tout étranger qu'il est également, n'aurait aucune garantie pour le payement des dépens et des dommages-intérêts qu'il pourrait obtenir contre son adversaire, en faisant rejeter son action.

Enfin, à ces raisons, et à celles qu'on a puisées dans la généralité des termes de l'article 16 du Code civil et de l'article 166 du Code de procédure, un arrêt de la Cour de Paris du 30 juillet 1834 (1) a ajouté une considération d'un ordre plus élevé : Lorsque les tribunaux français, dit cet arrêt, consentent à accorder aux étrangers une justice qui n'est due qu'aux nationaux, il ne faut pas que cette justice offre à l'étranger défendeur une protection impuissante, et qu'ainsi le défendeur obtienne une décision sans valeur : la dignité du pouvoir national ne permet pas que les tribunaux condamnent en vain des étrangers qui pourraient se jouer de leur décision, si la caution n'assurait pas au défendeur étranger ou français l'exécution des condamnations qu'il aurait obtenues.

Mais cette considération, qui suppose l'ordre public intéressé dans la question, perd toute l'autorité qu'au premier abord elle semble mériter, quand on remarque que l'article 166 du Code de procédure n'astreint le demandeur étranger à fournir caution que « si le défendeur le requiert avant toute exception ; » expressions qui démontrent que la question a un caractère purement privé, puisque, s'il s'agissait de pourvoir aux intérêts de l'ordre public ou à la dignité des tribunaux, les tribunaux seraient autorisés à y pourvoir d'office et ne seraient pas tenus d'attendre la réquisition du défendeur qui, lui-même, est tenu de requérir la caution dès le début de l'instance ; de telle sorte que non-seulement cette exception a un intérêt purement privé, mais encore que cet intérêt

(1) S., 34, 2, 434.

privé est d'un ordre tellement secondaire que le défendeur est présumé y avoir renoncé, s'il n'a pas commencé sa défense par s'en prévaloir (1).

Il s'agit donc uniquement de savoir si l'intérêt du défendeur étranger suffit pour l'autoriser à contraindre le demandeur à fournir caution. Réduite à ces proportions, la difficulté se simplifie, et il me semble que, pour la résoudre, le moyen le plus sûr est de comparer l'intérêt du Français au profit duquel la loi française a établi la nécessité de la caution, et l'intérêt de l'étranger qui veut en profiter.

S'il y a parité entre le Français et l'étranger défendeurs, en ce sens que l'un et l'autre ont intérêt à obtenir caution, il y a une disparité complète entre eux, quant à la nature de cet intérêt et quant à l'objet qui le détermine. La différence d'intérêt résulte ici de la différence de position. Le Français défendeur, qui a devant lui un demandeur étranger, présente à son adversaire, à raison des intérêts qui l'attachent au sol, toutes les garanties que celui-ci ne présente pas. S'il perd, l'étranger demandeur est sûr de l'atteindre. S'il gagne, l'étranger demandeur, qui a échoué et contre lequel des condamnations ont été prononcées, peut lui échapper. Il y avait là une inégalité choquante que la loi devait faire disparaître; et en autorisant le défendeur à exiger une caution du demandeur étranger, elle a rendu la partie égale en égalisant les positions.

Mais il en est autrement quand le demandeur et le défendeur sont étrangers. Le défendeur, à moins qu'il ne soit autorisé à établir son domicile en France et à y jouir des droits civils, n'offre pas plus de garantie au demandeur que le demandeur ne lui en offre. L'un et l'autre, que rien n'attache au sol, peuvent disparaître et se soustraire à la condamnation; et l'on comprendrait difficilement comment la loi, dont le but doit être de rétablir l'égalité entre les parties, aurait, dans ce cas, rompu l'égalité naturelle pour établir une inégalité arbitraire, et que rien ne justifierait, entre le demandeur qui pourrait n'a-

(1) Voy. le rapport de M. le conseiller Rocher, lors de l'arrêt du 15 avril 1842. S., 42, 1, 473.

voir, en définitive, aucun recours utile contre le défendeur, et le défendeur qui aurait d'avance pris des sûretés que lui-même ne peut ni ne veut offrir; d'où Pothier concluait fort logiquement que « lorsque deux étrangers plaident ensemble, si le défendeur exige du demandeur la caution *judicatum solvi*, il ne peut l'y faire condamner s'il ne l'offre respectivement de son côté (1). »

Il n'y a donc pas lieu, dans un pareil état de choses, de conclure du Français à l'étranger, et d'étendre à l'étranger, dont l'intérêt n'est pas le même que celui du Français, une disposition que l'intérêt particulier du Français peut seul justifier.

Il y a plus : c'est que les obstacles que le Français défendeur rencontrerait pour exécuter les condamnations obtenues contre le demandeur étranger qui, n'ayant pas donné caution, se soustrairait par la fuite aux poursuites dirigées contre lui, ne sont pas les mêmes quand les condamnations ont été prononcées au profit d'un défendeur étranger. Le Français, que ses intérêts attachent en France, ne peut être raisonnablement exposé à suivre son débiteur en pays étranger pour y diriger des poursuites incertaines et coûteuses. L'étranger, au contraire, auquel le demandeur étranger échappe en France, ou qui n'y offre pas les garanties nécessaires, n'est pas exposé à une chance également imprévue, s'il est obligé de suivre son débiteur en pays étranger, et le dérangement qu'il éprouve ne peut l'autoriser à se prévaloir d'une disposition qui a pour objet de prévenir un dommage d'une nature toute différente.

Qu'importe, maintenant, que les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure parlent du défendeur d'une manière générale, sans limiter textuellement au défendeur français la faculté de soumettre à la caution le demandeur étranger? Si, d'après la nature même des choses, cette faculté n'est accordée au défendeur qu'à raison de sa qualité de Français, il est évident que le législateur n'avait pas à limiter, dans ses termes, la disposition qui était déjà limitée nécessairement dans son esprit, et qui, constituant un véritable droit civil,

(1) *Des personnes*, part. I, tit. II.

destiné à protéger les nationaux et ceux qui leur sont assimilés, ne pouvait profiter aux étrangers incapables d'exercer cette espèce de droits.

Je pense donc que, lorsque deux étrangers plaident l'un contre l'autre en France, le défendeur ne peut exiger aucune caution du demandeur, à moins qu'il ne soit admis à jouir des droits civils (1).

742. L'obligation de fournir caution imposée à l'étranger demandeur, cesse dans deux cas notables. Le premier est celui où l'étranger possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre des dommages-intérêts et des frais. Comme alors les condamnations qui seront obtenues contre l'étranger demandeur s'exécuteront sur ses biens immeubles qu'il ne peut soustraire à ses créanciers, ni emporter avec lui, il est inutile de l'assujettir à offrir d'autres garanties qui ne pourraient jamais équivaloir à celles que présentent les immeubles dont il est propriétaire (2). « *Sciendum est possessores immobilium rerum satisdare non compelli,* » dit la loi 15 ff. *Qui satisdare cogantur.*

Suivant M. Fœlix (3), la simple possession de fait des immeubles ne suffit pas pour dispenser l'étranger de fournir caution ; et le défendeur pourrait encore exiger que cette caution fût fournie, si le demandeur étranger ne justifiait pas avoir payé le prix d'acquisition de ces immeubles. Il cite à l'appui de cette solution, qui me paraît un peu absolue, un arrêt de la Cour de Cologne, du 11 février 1826. Sans doute, le demandeur qui ne justifierait pas de ses droits de propriété sur les immeubles qu'il prétendrait lui appartenir, ne pourrait être dispensé de fournir caution. Mais je ne crois pas que celui qui

(1) Voy. en ce sens Duranton, t. I, n. 166 ; Dalloz, t. XIV, p. 232, n. 11 ; Legat, *Code des étrangers*, p. 313 ; Fœlix, n. 134 ; Demolombe, t. I, n. 255 ; Marcadé, sur l'art. 16 ; Cass., 15 avril 1842, S., 42, 1, 473 ; Orléans, 26 juin 1828, S., 9, 2, 102. Paris, 12 avril 1856, S., 57, 2, 104, et 2 juillet 1861, S., 61, 1, 614. En sens contr., Merlin, *loc. cit.* ; Boncenne, t. III, p. 183 ; Carré, n. 702 ; Chauveau, sur Carré, *ibid.* ; Guichard, *Des droits civils*, n. 287 ; Paris, 8 mars 1832. S., 32, 2, 388 ; et 30 juillet 1834. *Ibid.*, 34, 2, 434.

(2) Code civ., art. 16.

(3) *Droit intern.*, t. I, n. 142.

est devenu propriétaire par l'effet d'une vente que le non-payement du prix peut faire résoudre, soit tenu de fournir caution, tant que, la résolution n'étant pas demandée, il est en possession paisible de l'immeuble dont la vente lui a transmis la propriété.

743. Il suffirait même, pour que l'étranger demandeur fût dispensé de fournir caution, qu'il eût la propriété indivise d'immeubles situés en France, si sa part indivise était d'une valeur suffisante pour répondre des dommages-intérêts et des frais (1).

744. Du reste, il n'est pas nécessaire que l'étranger demandeur, qui possède des immeubles en France et qui veut se dispenser de fournir caution, passe préalablement devant notaire un acte emportant hypothèque au profit du défendeur, ni qu'il consente un jugement en vertu duquel le défendeur puisse prendre une inscription hypothécaire. Le contraire a été, il est vrai, enseigné par M. Delvincourt (2); mais son opinion a été justement repoussée par M. Toullier (3) et par M. Merlin (4), qui ne voient pas sur quel fondement elle s'appuie. M. Delvincourt a répondu aux critiques dont son opinion avait été l'objet. Suivant lui, qui veut la fin veut les moyens; et le but de la loi étant de fournir au défendeur une sûreté pour le payement des frais et dommages-intérêts auxquels l'étranger pourrait être condamné, la simple justification de la propriété serait insuffisante, puisque l'étranger pourrait vendre tous ses immeubles avant la fin du procès, et par là priver le défendeur de la sûreté que la loi a voulu lui donner. D'ailleurs, a-t-il ajouté, l'hypothèque a lieu par la force même des choses, puisque, si le défendeur demande caution, et si l'étranger demandeur oppose qu'il a en France des propriétés suffisantes et en justifie, il faudra bien un jugement qui constate qu'il a justifié de ces propriétés, et qu'elles sont affectées, jusqu'à concurrence de telle somme,

(1) Bordeaux, 23 janv. 1838. S., 51, 2, 45.
(2) T. I, p. 28, note 9.
(3) T. I, n. 212.
(4) *Répert.*, v° *Caution*, § 1, t. XVI, p. 140. Voy. aussi Fœlix, t. I, n. 142.

au payement des frais et des dommages-intérêts, jugement qui produira hypothèque sur les biens affectés, en vertu de l'article 2123 du Code civil.

Cette argumentation, qui depuis a été reproduite et développée par M. Boncenne (1), ne me paraît pas concluante. Ce n'est pas une sûreté hypothécaire que l'article 16 du Code civil entend accorder au défendeur; c'est une simple garantie puisée dans cette considération que l'étranger qui possède des immeubles en France y a des intérêts stables et permanents, qu'il ne doit pas être disposé à sacrifier légèrement. Et, d'un autre côté, les sûretés hypothécaires que le texte de la loi n'a pas accordées au demandeur ne résultent pas davantage de la force même des choses; car le jugement qui, sur la preuve faite par l'étranger demandeur de sa qualité de possesseur d'immeubles, le dispense de fournir caution, ne prononce aucune condamnation contre lui, et ne peut, dès lors, produire aucune hypothèque. Il faut donc s'en tenir à la lettre de l'article 16 du Code civil et ne pas ajouter à la rigueur de sa disposition (2).

745. La seconde exception à l'obligation de fournir caution est relative aux matières commerciales. Tout étranger plaidant en France pour fait de commerce est dispensé de fournir caution (3). L'ancienne jurisprudence avait admis cette exception, comme le nouveau droit. C'est ce qui résulte de deux arrêts du Parlement de Provence, des 1er juin et 22 octobre 1617 (4); d'un arrêt du Parlement de Paris du 12 août 1758 (5); et d'un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 1er mars 1777 (6).

M. l'avocat général Dupaty, qui portait la parole dans cette dernière affaire, et qui concluait à ce que la caution requise

(1) T. III, p. 93 et suiv.

(2) L'art. 153 du Code de procédure des Pays-Bas exige que le demandeur, qui veut se dispenser de fournir caution, consente une inscription hypothécaire sur ses biens.

(3) Code civ., art. 16.

(4) Duperrier, t. III, p. 525 (édition de 1759).

(5) Bourjon, t. I, p. 86 (édition de 1770).

(6) Merlin, *Quest.*, vº *Caution jud. solvi*, § 1.

ne fût pas accordée, disait que le commerce rendait concitoyens tous les hommes qui s'y livraient, et ajoutait avec raison que leur crédit était une caution suffisante, parce qu'on devait attribuer à ce crédit autant de valeur qu'à des biens que tout autre étranger posséderait en France. Telle a toujours été la coutume commerciale.

Cependant d'anciens docteurs, à la tête desquels il faut placer Marquardus, exigeaient, pour affranchir les commerçants demandeurs de la caution *judicatum solvi*, qu'ils fussent propriétaires de créances liquides, qu'ils n'eussent pas de dettes, qu'ils possédassent de bonne foi les marchandises ou autres meubles dont ils étaient détenteurs. « *An credita sint liquida, an sint obnoxia æri alieno, vel mobilia mercesque per mercatorem bona fide possideantur* (1). » Mais, comme le fait très-bien remarquer Ansaldus (2), on ne saurait raisonnablement admettre ces restrictions au droit du commerçant étranger de plaider sans donner caution, « *Quia*, dit-il, *cautè procedere debent judices erga simile genus personarum, quarum præcipua substantia versatur in credito, et communi reputatione idoneitatis et fidei, quæ omnia remanerent violata ex improvidâ carceratione* (3) *vel aliâ simili vexatione, propter quam etiam ditissimi mercatores facillimè destruerentur.* » Le remède serait alors pire que le mal.

746. L'exception relative aux matières commerciales est applicable, non-seulement aux instances principales portées devant les tribunaux de commerce, mais aussi aux incidents qui, dans une instance commerciale, sont renvoyés devant un tribunal civil. C'est ce qui a été très-bien jugé par la cour de Metz, le 26 mars 1822 (4), dans une affaire où l'écriture d'un billet, souscrit entre négociants, pour fait de marchandises, et dont le payement était demandé devant le tri-

(1) *De jure mercat.*, lib. III, cap. VII, n. 37 et seq.

(2) *Discurs. gen.*, n. 38.

(3) L'opinion de Marquardus, contre laquelle Ansaldus s'élève dans ce passage, s'applique non-seulement à l'obligation de fournir caution, mais aussi à l'arrestation provisoire qui pouvait être employée préventivement contre les étrangers.

(4) S., 6, 2, 591.

bunal de commerce, avait été déniée, ce qui avait rendu nécessaire une vérification d'écritures, et par suite un renvoi devant le tribunal civil, « Attendu, porte l'arrêt, que cet incident n'a point dessaisi le tribunal de commerce, n'a point dénaturé la demande principale, n'a point changé l'affaire commerciale en une affaire civile ; qu'il n'est qu'un moyen de forme, à l'aide duquel on parviendra à faire juger le fond en définitive, par-devant les juges de commerce ; que ce moyen de vérification, indiqué par la loi pour découvrir la vérité en cas de dénégation de signature, ne constitue nullement en lui-même une autre affaire ; qu'il n'empêche pas qu'il ne s'agisse toujours de la même cause à laquelle la vérification à opérer se rattache essentiellement, mais comme procédure, comme formalité préliminaire à remplir, avant d'arriver à la discussion de la réalité du droit réclamé... (1). »

747. L'étranger demandeur en validité d'une saisie-arrêt qui a pour cause une dette commerciale, est-il aussi dispensé de fournir caution, bien que cette demande en validité doive être portée devant les tribunaux civils ? Deux arrêts, l'un de la cour de Bordeaux, du 25 août 1829 (2), et l'autre de la cour de Liége, du 28 mars 1835 (3), se sont prononcés pour la négative, mais à tort, selon nous. En effet, ou la dette commerciale qui donne lieu à la saisie est fondée sur un titre exécutoire, ou la saisie a lieu sans titre exécutoire et avec la permission du juge. Dans le premier cas, l'étranger ne peut, sous aucun prétexte, être assujetti à fournir caution pour la demande en validité de la saisie, puisque, ainsi que nous l'avons déjà vu (4), l'étranger porteur d'un titre exécutoire n'est jamais tenu de fournir caution pour en obtenir l'exécution. Dans le second cas, la demande en validité, qui est relative à la forme, supposant une condamnation antérieure sur le fond, le demandeur sera nécessairement obligé de s'adresser à la fois au tribunal de commerce, juge du fond, et au tribu-

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Caution jud. solvi*, § 1, n. 3.
(2) *Bibl. du comm.*, t. VI, p. 390.
(3) *Journal de Bruxelles*, 1835, t. II, p. 349.
(4) *Sup.*, n. 729.

nal civil, juge de la validité ou de la forme. Il est évident qu'alors l'instance en validité n'est plus qu'un incident de l'instance principale en condamnation, et que le demandeur, dispensé de fournir caution dans l'instance principale, ne saurait y être assujetti dans l'instance incidente qui s'y rattache et en est une dépendance. Ici reviennent les principes dont l'arrêt précité de la cour de Metz a fait une judicieuse application (1).

748. Il est également manifeste que l'étranger qui forme devant les tribunaux français une demande tendant à faire déclarer exécutoire un jugement étranger rendu en matière commerciale, est dispensé de fournir caution (2). Nous examinerons plus tard (3) la question de savoir si c'est aux tribunaux de commerce ou aux tribunaux civils qu'il appartient de déclarer exécutoires les jugements étrangers rendus en matière commerciale; mais quelle que soit la solution que cette question doive recevoir, la matière n'en reste pas moins commerciale, et le demandeur doit, par conséquent, jouir de l'exemption que l'article 16 du Code civil attache à ces sortes d'affaires.

749. Il n'est pas besoin d'ajouter relativement aux difficultés qui peuvent s'élever sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce, que, bien qu'elles ne puissent être résolues que par les tribunaux civils (4), il n'y a pas lieu de fournir caution, dans les procès auxquels elles donnent lieu, d'abord parce que la contestation se rattache à une affaire commerciale, ensuite parce qu'il s'agit de l'exécution d'un titre exécutoire (5).

750. Doit-on considérer comme matière commerciale la demande que formerait l'étranger qui aurait obtenu en France un brevet d'invention, pour atteinte aux droits que lui confère son brevet? M. Renouard, dans la première édition de

(1) Voy., en ce sens, une dissertation de M. Chauveau, dans le tome LX du *Journal des avoués*, p. 141.

(2) Bordeaux, 22 janv. 1840. S., 40, 2, 167.

(3) Voy. la section suiv., n. 808.

(4) Cod. proc., 442.

(5) Voy. *sup.*, n. 729.

son traité des *Brevets d'invention* (1), tout en reconnaissant que l'exploitation d'un brevet est une opération de commerce ; qu'elle suppose, de la part du breveté, un établissement industriel en France, et, par conséquent, des garanties de solvabilité ; que la loi, en admettant les étrangers à obtenir des brevets comme les nationaux, ne doit pas les favoriser à demi, et est tenue de leur laisser des moyens suffisants pour faire respecter leur privilége, se prononce néanmoins pour l'obligation de fournir caution. « Il est probable, dit-il, que, nonobstant ces considérations, les tribunaux obligeraient le demandeur étranger à donner caution, attendu que les brevets ne sont point une matière commerciale, dans le langage des lois de procédure, puisque ce n'est pas à la juridiction des tribunaux de commerce que la connaissance en a été attribuée ; et attendu qu'il ne s'agit pas d'une opération commerciale, dans la transaction de laquelle le négociant français ait dû prendre une connaissance spéciale de la condition du négociant étranger, et ait particulièrement consenti à suivre sa foi. » Et il a persisté plus fortement encore dans cette opinion dans la nouvelle édition de son traité renfermant le commentaire de la loi du 5 juillet 1844 (2).

Il faut d'abord écarter cette considération que la demande à laquelle donne lieu la contrefaçon d'un brevet d'invention n'est pas de la compétence des tribunaux de commerce. Peu importe que la poursuite de la contrefaçon, qui, d'après la loi du 25 mai 1791, était attribuée aux juges de paix, ait été ensuite attribuée aux tribunaux correctionnels et aux tribunaux civils, d'abord par l'article 10 de la loi du 25 mai 1838, et plus tard par les articles 34, 40 et suivants de la loi du 5 juillet 1844 (3). Ce n'est pas une raison pour que la matière ne soit pas commerciale, si d'ailleurs elle a un intérêt commercial. L'attribution juridictionnelle qui est déterminée, soit par le délit dont le contrefacteur se rend coupable, soit par la question de propriété

(1) *Des brevets d'invention*, p. 309.

(2) Pag. 327.

(3) Voy. le *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Brevet d'invention*, n. 71, 109 et 110.

que peut soulever la poursuite en contrefaçon, ne porte pas atteinte au caractère primitif et naturel de la contestation.

Cela posé, on peut dire que l'intérêt commercial domine dans une poursuite de contrefaçon, puisqu'il s'agit d'empêcher les opérations nécessairement commerciales que le contrefacteur avait en vue, et d'assurer le succès de celles que le poursuivant fonde sur son invention ; que, sans doute, il ne s'agit pas d'une opération commerciale liée entre les deux parties, et dans laquelle l'une a suivi la foi de l'autre, à tel point que le Français défendeur à l'action en contrefaçon soit présumé avoir accepté pour adversaire l'étranger avec lequel il aurait traité en connaissant sa qualité ; mais que le Code civil n'exige pas, pour dispenser l'étranger demandeur de la caution *judicatum solvi*, qu'il y ait une opération commerciale antérieurement liée entre les deux parties : il veut seulement que la *matière soit commerciale*, ce qui comprend tous les cas où l'intérêt du procès est commercial et où son objet est commercial. On peut ajouter que ce n'est pas parce que le Français défendeur aurait suivi la foi de l'étranger demandeur, que celui-ci est dispensé de fournir caution, mais uniquement parce que les champs du commerce et de l'industrie sont un territoire neutre sur lequel tous ceux qui s'y rencontrent deviennent concitoyens ; et parce que les rapports commerciaux volontaires ou forcés qui s'établissent entre individus de nationalité diverse, effacent toutes distinctions, et que le crédit dont les uns et les autres jouissent ou sont présumés jouir, offre une garantie suffisante.

Ces considérations, qui ne sont certainement pas sans force, m'avaient autrefois porté à penser que l'étranger breveté en France, demandeur sur une action en contrefaçon de son brevet, est dispensé de fournir caution (1) ; mais un nouvel examen de la question a modifié ma manière de voir, en présence surtout de l'article 47 de la loi du 5 juillet 1844 qui oblige l'étranger breveté à fournir caution préalablement à la saisie des objets contrefaits. Sans doute cet article ne s'oc-

(1) Cette opinion a été partagée par M. Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 28, note *a*.

cupe que de la saisie et non de la demande qui peut suivre la saisie. Mais il indique que, dans l'esprit de la loi de 1844, l'étranger ne se trouve pas assimilé au Français, et il enlève une partie de leur force aux arguments qui, sans tenir compte de la différence de nationalité, ne voulaient voir en présence que deux commerçants. D'un autre côté, c'est seulement en matière commerciale que l'article 16 du Code civil dispense l'étranger demandeur de la caution *judicatum solvi*. Or la matière n'est pas commerciale par cela seul qu'elle a un intérêt commercial en ce sens que la solution du procès peut influer plus ou moins directement sur l'issue de certaines affaires commerciales qui ne font pas l'objet du litige : elle est commerciale quand c'est une transaction commerciale qui est en question et sur laquelle il s'agit de prononcer. Il suit de là qu'une poursuite en contrefaçon qui se résume en une question de propriété de procédés ou de produits brevetés, n'est pas une matière commerciale proprement dite, pas plus que la découverte, l'invention, et la prise du brevet ne constituent des opérations commerciales. L'étranger demandeur en contrefaçon est donc tenu de fournir caution (1).

Dans tous les cas s'il était permis d'hésiter en ce qui touche la demande en contrefaçon, il n'y aurait aucun doute à l'égard des actions en nullité ou déchéance des brevets qui ont un caractère essentiellement civil (2).

751. Comme nous l'avons vu tout à l'heure, l'étranger qui requiert la saisie d'objets contrefaits est toujours tenu de fournir caution (3).

752. Les mêmes règles, et par les mêmes raisons, me paraissent applicables à la contrefaçon des marques de fabrique, avec d'autant plus de raison que ces actions qui ont pour objet de véritables questions de propriété doivent être portées devant les tribunaux civils (4).

753. Mais il me semble qu'il doit en être autrement des actions

(1) Trib. de la Seine, 6e chambre, 4 mars 1847, *Droit* des 11 et 13 mars 1847; M. Calmels, *De la contrefaçon*, n. 418.

(2) Loi du 5 juill. 1844, art. 30 et suiv.

(3) Loi du 5 juill. 1844, art. 47.

(4) Loi du 27 juin 1857, art. 16.

en contrefaçon des dessins de fabrique qui ont un objet plus directement commercial et qui doivent être portées devant les tribunaux de commerce (1).

754. En matière de propriété littéraire l'étranger demandeur en contrefaçon doit-il la caution? Lorsque l'action est intentée par un auteur qui se borne à revendiquer son œuvre pour s'en réserver l'honneur, sans y attacher aucun intérêt commercial et mercantile, malgré la faveur qu'il mérite, sa qualité d'étranger l'oblige à donner caution. Il me semble même, quoique j'aie pensé le contraire, qu'il en doit être ainsi lors même que l'auteur agit dans un but commercial, ou que l'action est intentée par un éditeur ou autre ayant droit de l'auteur. Dans tous ces cas, la question qui s'agite, quel que soit d'ailleurs son mobile, est une question de propriété, qu'on ne peut considérer en soi comme une matière commerciale (2).

Je pense d'ailleurs que le décret du 28 mars 1852, qui donne une action en contrefaçon aux auteurs étrangers, ne les a pas, pour cela seul, assimilés aux Français, et que s'ils ont en France des droits de propriété littéraire, que la loi leur permet d'exercer, ils restent soumis dans cet exercice à toutes les conditions qui sont de droit commun pour les étrangers et qu'ils sont par conséquent tenus de fournir caution (3).

754 *bis*. On s'est demandé si l'obligation imposée à l'étranger de fournir caution ne cessait pas dans un troisième cas, dans le cas où l'étranger est admis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Cette prétention ne saurait être accueillie. Si par une application charitable de la loi du 22 janvier 1851, sur l'assistance judiciaire, il a été reconnu que les étrangers pouvaient profiter du bénéfice de cette loi, il ne saurait en résulter qu'ils doivent être par suite de cette admission dispensés de l'obligation de fournir la caution imposée à l'étranger demandeur : il y a plus, l'indigence constatée de l'étranger admis à l'assis-

(1) Décret du 18 mars 1806, art. 15.

(2) M. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, t. II, n. 90.

(3) Voy., en sens contraire, M. Calmels, n. 419.

tance judiciaire est une raison de plus pour qu'il fournisse une caution qui garantisse au défendeur le recouvrement de ses dépens, qui sans cette précaution seraient irrecouvrables (1).

755. Remarquons, en terminant et pour épuiser les cas dans lesquels la caution *judicatum solvi* est due par l'étranger demandeur, qu'elle peut être exigée en matière criminelle. L'article 16 du Code civil porte textuellement qu'elle est due *en toute matière*, ce qui comprend tous les cas où l'étranger demandeur peut, quand il succombe, être condamné aux frais envers le Français défendeur qu'il a mal à propos attaqué. « L'étranger, dit M. Mangin (2), peut poursuivre la réparation civile d'un délit commis à son préjudice, mais en donnant caution, conformément à l'article 16 du Code civil, parce qu'alors il est réellement demandeur; peu importe qu'il ait intenté son action séparément de l'action publique ou qu'il l'ait jointe à celle-ci (3). »

756. Enfin, il importe de remarquer que l'obligation de donner caution est subordonnée à la réquisition que doit en faire le demandeur, avant toute exception ou défense (4), de telle sorte que, faute par lui de la requérir *in limine litis*, le droit de plaider sans caution est acquis au demandeur.

Il suit de là que si le défendeur se tait, les juges ne peuvent d'office condamner le demandeur à fournir caution.

Je passe maintenant à ce qui regarde la forme générale de procéder.

§ II. — *De la forme générale de procéder.*

SOMMAIRE. — 757. Distinction entre la forme et le fond. — 758. Forme. Ajournement. Délais de comparution. — 759. Fond. — 760. Des formes

(1) Trib. de la Seine, 18 oct. 1856 ; trib. de Sartène, 2 mai 1859, et trib. de Soissons, 28 avril 1861, S., 61, 2, 634.

(2) *De l'action publique*, n. 125.

(3) Voy. Cass., 3 fév. 1814, S., 4, 1, 531 ; Carnot, *De l'instr. crim.*, t. I, p. 306 ; Carré, *Proc. civ.*, n. 705 ; Duranton, t. I, n. 161 ; Boncenne, t. III, p. 187 ; Legraverend, t. I, n. 201 ; Hélie, *Inst. crim.*, t. II, p. 332. Mais voy., en sens contraire, Chauveau, sur Carré, n. 705.

(4) C. proc., art. 166.

dont l'inaccomplissement réagit sur le fond. Nullités. — 761. Péremption. — 762. Instruction. Conditions de l'obligation. — 763. Preuves. Forme probante. — 764. Preuve littérale. — 765. Acte authentique. — 766. Acte sous seing privé. — 767. Inscription de faux. Vérification d'écriture. — 768. Livres des commerçants. — 769. Correspondance. — 770. Preuve testimoniale. Son admissibilité. — 771. Manière d'y procéder. — 772. Capacité des témoins. Reproches. — 773. Présomptions. — 774. Chose jugée. Renvoi. — 775. Serment. — 776. Commissions rogatoires. — 777. On peut adresser une commission rogatoire à un tribunal étranger; mais cette commission n'est pas obligatoire pour le tribunal qui la reçoit. — 778. Le tribunal auquel elle est adressée ne peut jamais l'accepter quand elle est contraire à une loi locale. — 779. En quelle forme doit procéder le juge qui accepte une commission rogatoire? — 780. Spécialement au cas d'audition de témoins. — 781. Le juge saisi d'une commission rogatoire peut procéder hors la présence des parties. — 782. Du cas où la partie s'adresse elle-même à un tribunal étranger pour obtenir la vérification ou la constatation d'un fait. — 783. De l'autorité des parères et des actes de notoriété émanés d'un tribunal étranger. — 784. De la commission qui a pour objet un compulsoire, ou l'examen des livres d'un commerçant. — 785. De celle qui a pour objet une prestation de serment.

757. Nous avons vu, au commencement de cette section (1), que la forme de procéder est réglée par la loi du lieu où la demande est formée, mais que le fond reste soumis aux lois qui gouvernent l'acte ou la convention qui donne lieu au procès. Il faut donc, pour traiter cette matière, distinguer entre ce qui regarde l'instruction et la procédure, et ce qui regarde le principe de décision de la contestation, *inter judiciorum ordinatoria et litis decisoria*, comme disent les docteurs.

Les formalités ordinatoires sont celles qui n'ont pour objet que l'instruction et la procédure, *Quæ nihil aliud concernunt, nisi formam et solemnitates processûs judicialis, antequam deveniatur ad sententiam, vel ad effectum judicati, seu instrumenti executivi*. Les formalités décisoires sont celles qui touchent le fond même de la cause, qui règlent non la procédure, mais l'action, et qui tendent à en déterminer, soit le fondement, soit les effets, *Quæ definiunt et determinant materiam litis principalis* (2).

(1) *Sup.*, n. 712.

(2) Colerus, au Code *Quod clerici*, n. 9, *De foro competente*.

Dans le premier cas, c'est-à-dire en ce qui touche l'ordinatoire, il faut suivre la loi du lieu où l'on plaide, parce qu'en s'adressant à un juge, on se soumet nécessairement aux formes que lui impose la loi de son institution. Dans le second cas, c'est-à-dire en ce qui touche le décisoire, on doit suivre la loi à laquelle l'action était soumise dès le principe et avant d'être portée en justice, parce que le fondement et le mérite de l'action ne sauraient dépendre du lieu où la demande est formée. « *Diversitas fori*, dit très-bien Dumoulin (1), *non debet meritum causæ variare.* » Cette distinction entre l'ordinatoire et le décisoire est admise par tous les auteurs (2). Mais il faut reconnaître avec Boullenois que, si cette division porte avec elle une sorte de lumière, elle a aussi ses ténèbres et ses obscurités. — Essayons de les éclairer.

758. Il n'y a pas de difficulté pour ce qui est de pure forme. Ainsi l'ajournement, les délais de comparution, les formalités qui ne consistent que dans le style, la conduite de la procédure, la manière de conduire l'action, qui ne changent en rien sa substance, qui n'influent pas sur le principe de la décision, appartiennent évidemment à l'ordinatoire.

759. Il n'y a pas non plus de difficulté pour ce qui affecte directement le fond, l'interprétation du contrat, ses effets légaux. Tout cela tient nécessairement au décisoire : ce sont là des éléments de décision plutôt que des formalités (3).

760. Mais il y a des formes dont l'inaccomplissement peut réagir sur le fond; et des voies d'instruction qui peuvent avoir une influence directe sur la décision. C'est là que gît la difficulté, et c'est alors qu'il peut s'élever des doutes sur

(1) Sur Bourbonnais, art. 36.

(2) *Communissima enim est distinctio quod aut disseritur de modo procedendi in judicio, aut de juribus contractus cui robur et specialis forma tributa est a statuto vel a contrahentibus, et in primo casu attendum sit statutum loci, in quo judicium agitatur; in secundo vero casu attendatur statutum loci in quo fuit celebratus contractus.* Casaregis, disc. 179, n. 39 : Marcardus, *De stat. interpr.*, concl. 9, n. 30; Burgundus, *tract.* 7, n. 5; Aufrerius, *Style du Parlement*, cap. II, *De Adjornamentis;* Boullenois, t. I, p. 535 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, t. VI, p. 720; Fœlix, *Droit intern.*, n. 125; M. Rocco, p. 363.

(3) Voy. *sup.*, sect. II, § 2, art. 2.

le point de savoir si ces formes et ces voies d'instruction sont régies par la loi du lieu où la demande est formée, ou par la loi à laquelle l'action était originairement soumise ; en d'autres termes, si les dispositions légales qui régissent ces formes doivent être considérées comme ordinatoires ou comme décisoires.

Relativement aux nullités et aux déchéances qui résultent de l'inaccomplissement de certaines formalités, Boullenois propose une distinction, entre le cas où la nullité frappe sur la procédure sans toucher le fond : et alors il faut suivre ce qui est prescrit par la loi du lieu où l'on plaide ; et le cas où la nullité frappe sur le fond : et alors on doit recourir non pas à la loi du lieu où l'on plaide, mais à celle qui régit l'action dès le principe et avant même qu'elle ait été intentée. Mais cette distinction, qui pouvait être suivie dans l'ancien droit, où la diversité des coutumes locales qui divisaient une seule et même souveraineté soumettait à un juge commun des parties dont la personne ou les actes étaient régis par des statuts qui, bien que différents, n'étaient pas étrangers, ne me semble pas devoir être admise aujourd'hui que le conflit ne s'élèverait plus entre les lois particulières des différentes parties du territoire, mais entre la loi uniforme et unique du territoire et les lois étrangères. Les lois étrangères ne peuvent avoir aucune autorité en France pour régler la procédure, lors même que les règles suivies en France influeraient sur l'existence de l'action, parce que ces règles sont absolues, et qu'elles déterminent la marche à suivre sans tenir compte des lois étrangères auxquelles serait subordonné le principe de l'action.

761. Cela est si vrai que, même sous l'ancien droit, Boullenois, abandonnant forcément les conséquences de sa règle, est obligé de reconnaître que la péremption de l'instance par suite d'interruption des actes de la procédure pendant un certain temps est gouvernée par la loi du lieu où l'action a pris naissance et qui en détermine la nature et les effets, bien que la péremption de l'instance puisse, en concourant avec la prescription de l'action, exercer une influence directe sur

cette action même, dont elle détermine l'extinction (1).

L'uniformité de législation dont nous jouissons a donc fait perdre beaucoup de leur intérêt à toutes les questions relatives à l'emploi ou à l'omission de certaines formes de procédure; et il y a peu de cas aujourd'hui dans lesquels on fût admis à se prévaloir de la loi étrangère qui régit l'action, pour se dispenser d'observer en France les formalités de justice auxquelles cette action serait subordonnée, et s'affranchir des conséquences de leur inobservation.

762. Mais la difficulté est restée entière relativement à certaines formes d'instruction et de preuves, admises dans un lieu, repoussées dans un autre, dont l'emploi peut avoir une influence directe sur le fond et sur le principe de l'action, puisqu'elles tendent à établir l'existence de la convention.

Ceci demande quelques explications.

Toute action en justice doit être justifiée. Celle qui repose sur une convention dont on demande l'exécution suppose que l'existence de cette convention est déjà constatée, ou rend cette constatation nécessaire. S'il s'agit d'une obligation résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, passé ou réputé passé en France, et dont un Français demanderait l'exécution contre un étranger, il n'y a pas de doute que l'étranger peut se prévaloir vis-à-vis du Français de l'omission des formalités nécessaires suivant la loi française, pour la preuve de son obligation, lors même que ces formalités ne seraient pas requises par la loi de son pays. C'est en ce sens qu'il a été jugé que le capitaine d'un navire américain assigné devant un tribunal français en réparation de dommages causés à un navire français par suite d'un abordage, a le droit d'opposer à l'action une fin de non-recevoir prise de l'inobservation des formalités que les art. 435 et 436 du Code de commerce prescrivent en pareil cas au capitaine du navire endommagé, bien que le législateur américain n'exige pas des mesures semblables (2).

763. Mais il y a plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée en pays étranger selon la forme probante

(1) T. I, p. 538.
(2) Aix, 12 déc. 1857, S., 57, 2, 721.

admise par la loi étrangère; et alors se présente la question de savoir si cette convention doit être reçue en France, bien que cette forme ne soit pas celle qui est admise par la loi française; ou si la preuve de cette convention, non suffisamment constatée, doit avoir lieu d'après les moyens admis par la loi française, ou d'après ceux admis par la loi étrangère qui régit la convention.

Ces questions ont déjà été résolues en partie par les explications que nous avons données sur le sens et l'étendue de la maxime *Locus regit actum*. Le contrat, revêtu des formes voulues par la loi du lieu où il a été passé, doit être reçu en France, à moins qu'il ne fût passé entre Français, et que, d'après la nature ou l'objet de la convention, ceux-ci n'eussent dû suivre les règles admises en France; ou bien encore, à moins que la loi française n'exigeât une forme particulière pour l'acte dont il s'agirait, alors même qu'il serait fait en pays étranger. Nous sommes entré sur ces divers points dans des détails assez étendus (1). Cependant, comme ces détails sont relatifs plutôt à la validité de la forme donnée à l'acte qu'à la force probante de cette forme, c'est ici le lieu de donner quelques explications nouvelles.

Les conventions s'établissent par la preuve littérale, par la preuve testimoniale, ou par des présomptions équivalentes, et enfin par le serment qui peut être déféré à l'une ou à l'autre des parties. Passons en revue ces différentes espèces de preuves, dans leurs rapports avec les conventions ou les actes faits en pays étranger.

764. La preuve littérale est reçue partout : rapporter un acte écrit qui constate une convention, c'est en rapporter la preuve la plus complète, quel que soit le lieu dans lequel cet acte a été fait, pourvu qu'il soit conforme aux lois de ce lieu.

765. L'acte est authentique ou sous signatures privées. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises dans ce lieu (2).

(1) Voy. *sup.*, sect. II, § 2, art. 2.
(2) Cod. civ., art. 1317.

L'acte sous seing privé est celui que les parties rédigent elles-mêmes, sans l'intervention d'officiers publics. Les effets de ces deux sortes d'actes sont différents : l'acte authentique fait toujours, entre les parties, pleine foi de ce qu'il contient, jusqu'à inscription de faux ; en certains cas, il emporte exécution parée, c'est-à-dire qu'il peut être mis immédiatement à exécution sans jugement préalable. L'acte sous seing privé, au contraire, ne fait pleine foi de ce qu'il contient que lorsqu'il a été reconnu en justice, ou tenu pour reconnu ; jusque-là, celui à qui on l'oppose peut désavouer son écriture et sa signature, sauf à la partie adverse à en faire ordonner la vérification (1).

Ceci posé, doit-on en France considérer comme authentique l'acte qui a été passé en pays étranger dans les formes requises par la loi du lieu pour son authenticité? Il faut distinguer.

Cet acte ne peut être considéré comme authentique en France, en ce sens qu'il emporte exécution parée. C'est ce qui résulte des articles 2123 et 2128 du Code civil, combinés avec l'article 546 du Code de procédure, aux termes desquels les jugements et actes étrangers n'emportent exécution en France qu'après avoir été rendus exécutoires par les tribunaux français. Cette règle est fondée sur la distinction admise de tout temps par les docteurs, entre la force probante des actes et leur force exécutoire : « *An instrumentum habeat executionem, et quo modo debeat exequi, attenditur locus ubi agitur, vel fit executio. Ratio, quia virtus executoria et modus exequendi concernit processum,* » dit Dumoulin (2), qu'on est toujours sûr de rencontrer quand on cherche une de ces règles précises dont la clarté rayonne sur les points obscurs d'une matière. Et de là ce grand jurisconsulte conclut que les actes qui dans le pays où ils sont faits ont une exécution parée, *sine omni strepitu judiciali*, ne jouissent pas de cette exécution dans un autre pays. Cette doctrine est universellement admise (3). Nous revien-

(1) Cod. civ., art. 1322 et suiv. ; Cod. proc., 193 et suiv.
(2) Au Code *De summâ trinit.*, lib. VI, tit. XXXII.
(3) Voy. Burgundus, *tract.* 5 ; Everard, *cons.* 78 ; J. a Sande, *decis. fris.*

drons là-dessus plus tard, quand nous nous occuperons de l'exécution des actes et des jugements (1).

Mais cet acte est authentique en ce sens qu'il fait foi de son contenu jusqu'à inscription de faux. La force exécutoire, qui lui est refusée, n'enlève rien à sa forme probante. C'est ce qu'explique très-bien M. Merlin : « Quand il s'agit de savoir si un acte passé devant les notaires d'un pays fait foi de son contenu dans un autre, on ne doit pas seulement s'attacher au principe que le caractère public de ces officiers est limité au territoire de la souveraineté qui les a établis; il faut encore combiner ce principe avec la grande règle du droit des gens, que la forme probante d'un acte ne dépend que de la loi du lieu où il est passé. Or, que résulte-t-il de la combinaison de l'un avec l'autre? Deux conséquences qui se marient très-bien ensemble : la première, que l'acte passé en pays étranger n'a point en France le caractère d'acte public; la seconde, qu'il y fait foi de son contenu ni plus ni moins que s'il avait été passé en France même et devant des notaires français (2). » Il n'y a aucune induction contraire à tirer de l'article 121 de l'ordonnance de 1629, aux termes duquel « les contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, n'ont aucune exécution en France, mais tiendront lieu de *simples promesses*. » Car, en supposant que cette ordonnance fût toujours en vigueur (3), bien que l'acte ne valût que comme simple promesse, ce ne serait pas une raison pour qu'il ne fît pas foi jusqu'à inscription de faux (4). S'il en était autrement, on interdirait le commerce à tous ceux qui ne savent pas écrire, qu'on mettrait ainsi dans l'impossibilité de se procurer un titre contre ceux avec qui ils traiteraient en pays étran-

lib. I, tit. XII, def. 5; Christinæus, vol. I, *decis*. 283; Peckius, *De jure sistendi*, cap. VIII : *Si in loco celebrati contractûs sit statutum, quod instrumenta notariorum habeant paratam executionem, et in loco destinatæ solutionis non sit tale statutum, sed servetur jus commune, inspicitur jus ibi servatum.*

(1) Voy. la sect. suiv.

(2) *Quest.*, v° *Authentique (acte)*, § 2.

(3) Voy., sur la force de l'acte, la sect. suiv.; voy. aussi *sup.*, n. 691.

(4) Toullier, t. X, n. 79, à la note; Fœlix, *Droit internat.*, p. 280; Nouveau Denizart, v° *Hypothèque*, § 3, sect. IV, n. 1.

ger. » *Consuetudo loci factæ scripturæ,* dit la Rote de Gênes, *est ubique attendenda quoad fidem habendam scripturæ : consuetudo loci contractûs attendenda in decisoriis* (1). »

La force probante des actes authentiques passés en pays étrangers en la forme usitée dans le pays, est au surplus consacrée par le Code civil pour les actes de l'état civil (art. 47), pour les actes de mariage (art. 170), et pour les testaments (art. 900). Il n'y a pas de raison dès lors pour que la même force ne soit pas accordée à des contrats particuliers qui n'intéressent que les parties et non l'ordre public, pourvu toutefois que la signature des officiers devant qui ces actes ont été passés soit légalisée par les consuls ou autres agents diplomatiques français (2).

Il faut même observer que le concours d'un officier public n'est pas indispensable pour que l'acte soit reçu comme authentique en France, s'il a été fait avec toutes les formalités exigées dans le pays pour solenniser les actes et leur attribuer un caractère authentique. C'est ce qui a été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de cassation le 6 février 1843, en matière de testament (3).

766. Quant à l'acte sous seing privé dont la signature est reconnue ou tenue pour reconnue, il devra recevoir en France le même effet qu'il eût reçu dans le lieu où il a été fait, s'il est conforme à la loi de ce lieu.

767. Si l'acte authentique et l'acte sous seing privé faits en pays étranger sont attaqués en France, par voie d'inscription de faux ou de dénégation d'écriture, l'instruction du faux ou la vérification d'écriture a lieu dans la forme prescrite par la loi française. Cette forme dépend de l'*ordinatoire*, et non du *décisoire*.

768. Il arrive quelquefois que les parties qui allèguent une convention, bien qu'elles ne produisent ni acte authentique, ni acte sous seing privé, ne sont cependant pas dénuées de preuve littérale. Il y a dans ce cas deux éléments de preuves

(1) Décis. 38, n. 3 et 4.
(2) Ord. 1681, liv. I, tit. IX, art. 23.
(3) S., 43, 1, 209.

qui manquent rarement aux commerçants; l'un se trouve dans les livres qu'ils sont obligés de tenir, l'autre dans leur correspondance.

Les livres des commerçants obtiennent une foi plus ou moins grande, selon les diverses législations qui les régissent. Ici on s'en rapporte à leurs énonciations; là on leur refuse toute créance. D'où naît la question de savoir, lorsque la législation du lieu où ils ont été tenus, et celle du lieu où ils sont produits diffèrent, quelle législation doit être suivie. Je crois qu'on doit suivre la loi du lieu où ils ont été tenus, mais seulement dans le cas où cette loi concorde avec la loi du lieu où a pris naissance le contrat qui donne lieu au procès : alors, ces deux lois l'emportent sur celle du lieu où l'on plaide. Si au contraire la loi du contrat concorde avec celle du lieu où l'on plaide, on ne doit plus avoir égard à la loi du lieu où les livres ont été tenus. En d'autres termes, c'est la loi du contrat qui décide, parce qu'il s'agit d'un moyen de preuve qui tient au lien et à la force du contrat, et qui, par conséquent, se rapporte au décisoire (1). Des auteurs veulent, sans distinction, que l'on suive la loi du lieu où les livres ont été tenus (2). D'autres proposent des distinctions relatives au taux du litige, et à la qualité des parties (3); d'autres enfin abandonnent la question à l'arbitrage du juge, et en subordonnent la solution à l'empire des circonstances (4). Mais ces règles de solution me paraissent ou trop absolues, ou trop incertaines et trop vagues (5). Dans tous les cas, au surplus, où il ne s'agit que de la régularité des livres, on ne doit avoir égard qu'à la loi du lieu où ils ont été tenus.

769. Quant aux éléments de preuve qui résultent de la correspondance, c'est aux juges à en apprécier les termes; et en quelque lieu que la lettre ait été écrite, on peut, quand on

(1) Voy. *inf.*, n. 769.

(2) Mevius, *Ad jus Lubec.*, tit. VI, art. 4, n. 5; Marcardus, *De probat.*, concl. 975, n. 20 et suiv.

(3) Voy. Pacianus, *De probat.*, cap. LXIII, n. 41.

(4) P. Voët, *De statutis*, sect. V, cap. II, § 9.

(5) Voy. Hert., *De collisione legum*, sect. IV, n. 68.

y trouve l'énonciation d'une convention ou d'une obligation contractée par celui qui l'a écrite, la considérer comme une reconnaissance sous seing privé, et lui en appliquer les règles (1).

770. Mais si tous ces éléments viennent à manquer, peut-on recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions, pour établir, en France, l'existence d'une obligation ou d'une convention passée en pays étranger?

La difficulté vient, relativement à la preuve testimoniale, de ce qu'elle n'est admise, en France, qu'en certains cas, et suivant certaines conditions, tandis qu'en d'autres pays la législation a plus ou moins suivi, à cet égard, les principes du droit romain, qui admettaient la preuve testimoniale, même contre un acte écrit, et à plus forte raison pour établir une convention ou une obligation dont il n'y avait pas d'acte écrit (2). La question consiste donc à savoir si, dans un procès qui a pour objet une convention passée dans un autre pays, la preuve testimoniale est régie par la loi du lieu où se fait le procès, ou par celle du lieu où la convention a pris naissance; en d'autres termes, si cette preuve tient au décisoire ou à l'ordinatoire.

Il faut distinguer ici, en ce qui touche l'admissibilité ou l'inadmissibilité de la preuve par témoins, entre ce qui est relatif à la forme de cette preuve et à la manière d'y procéder.

L'admissibilité ou l'inadmissibilité de la preuve par témoins tient au décisoire, puisque son admission ou son rejet doit avoir une influence directe sur la décision du procès qui dépend d'une convention qu'il faudra exécuter, si la preuve en est admise, et qui restera sans effet, si la preuve en est rejetée. La convention doit être envisagée par les juges telle

(1) Voy. *sup.*, n. 766.

(2) C'est ce qui résulte du chap. III de la novelle 73: *Nos quidem existimavimus ea quæ dicuntur vivâ voce et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam, secundùm se subsistere.* Une constitution des empereurs de Constantinople, dont on a fait la loi 1re au Code *De testibus*, dit le contraire: *Contrà scriptum testimonium non fertur.* Mais voyez, sur l'autorité de cette constitution, Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, n. 7 et 18.

que les parties elles-mêmes l'ont envisagée; c'est-à-dire que, lorsque les parties ont fait une convention, soit dans un lieu où la loi exige une preuve écrite de l'engagement, soit dans un lieu où la loi permet de prouver cet engagement par la preuve testimoniale, il y a droit acquis pour l'une et pour l'autre, dans un cas au rejet de la preuve testimoniale, dans l'autre cas à son admission. Les juges étrangers devant lesquels les parties poursuivent l'exécution de l'engagement, ne peuvent donc en admettre ou en rejeter la preuve qu'en se conformant à la loi du contrat, parce que les parties, en traitant sous l'empire de cette loi, savaient quels étaient les droits et les devoirs qu'elle leur imposait, et entendaient nécessairement profiter des uns et se soumettre aux autres. Il suit de là que, si on soumet aux tribunaux français une convention faite en pays étranger, ils doivent admettre les preuves autorisées par la loi du lieu où la convention a été faite, mais qu'ils ne peuvent admettre que celles-là (1).

On a objecté que, lorsque la loi d'un pays fait défense aux juges d'admettre la preuve testimoniale, hors certains cas prévus, ils ne peuvent, sans violer cette loi et enfreindre sa défense, admettre cette preuve dans d'autres cas (2); que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par les lois de son pays; enfin, que la question de l'admissibilité de la preuve testimoniale étant connexe à celle de savoir si une action peut être admise ensuite d'une prétendue convention, et s'il y a lieu d'accorder protection à cette convention, le juge saisi de la contestation doit se borner à examiner si la loi de son pays accorde action ou protection aux conventions alléguées (3).

Ces diverses objections reviennent à dire que l'admissibilité de la preuve tient à l'ordinatoire et non pas au décisoire,

(1) Boullenois, t. II, p. 458; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, n. 3; Danty, *Preuve par témoins*, p. 41 (édition de 1708); Pardessus, n. 1490; M. Rocco, p. 353 et suiv.; Fœlix, *Droit internat.*, n. 233.

(2) Voy. Merlin, *ubi sup.*

(3) M. Mittermaier, *Archives de la jurisprud. en matière civile*, t. XIII, p. 215 et 316. — Cité par Fœlix, *Droit intern.*, n. 233, dont je reproduis les termes.

ce qui est contraire à toutes les notions que les docteurs nous ont transmises sur les caractères distinctifs de ces deux ordres de formalités. Si, comme nous le verrons tout à l'heure, le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par les lois de son pays, en ce sens que la preuve, une fois admise, ne peut être faite que dans la forme voulue par la loi du lieu où s'instruit le procès; si le juge ne peut accorder sa protection à des conventions contraires à la loi de son pays, en ce sens qu'il ne peut accueillir une action reposant sur une convention dont l'objet serait contraire aux lois de son pays, et à l'ordre public que ces lois établissent et maintiennent; il en est autrement, lorsqu'une convention licite étant alléguée, il s'agit de savoir si cette convention a été valablement formée et d'en constater l'existence. Il faut bien alors se reporter aux lois qui ont présidé à la formation de cette convention, admettre les moyens de preuve qu'elles admettent, et repousser ceux qu'elles repoussent, parce qu'on doit penser que les parties, en contractant, ont entendu les repousser ou les admettre. Les lois sur l'admissibilité des preuves sont variables, parce que les mœurs et les habitudes qui se reflètent dans ces lois sont elles-mêmes variables. Il y aurait donc une injustice manifeste soit à interdire de prouver par témoins une convention faite dans un lieu où les lois et les habitudes permettent de contracter verbalement; soit à permettre cette preuve, lorsque les lois du pays, où la convention prétendue aurait été faite, n'admettent pas les conventions verbales. En France, on admet généralement, en matière commerciale, les conventions verbales, et conséquemment la preuve par témoins de ces conventions, à la différence de ce qui s'observe en matière civile (1). Serait-il juste qu'une convention commerciale faite en France, sous l'empire de ces idées, ne pût être prouvée en pays étranger que par un acte écrit, de la nécessité duquel les parties n'avaient pas à s'occuper? En certains pays étrangers, les conventions, même en matière civile proprement dite, peuvent être établies par témoins, ce qui donne effet aux conventions

(1) Voy. t. IV, liv. V.

verbales. Serait-il juste que ces conventions ne pussent être prouvées en France à l'aide de témoignages, et que l'inadmissibilité de la preuve leur infligeât une nullité qu'elles n'avaient pas encourue au lieu où elles ont pris naissance? Il ne saurait y avoir deux réponses à cette question : il faut suivre la loi du lieu où le contrat s'est formé.

Cependant, comme le fait très-bien remarquer M. Pardessus (1), cette règle ne s'appliquerait pas toujours à deux Français qui auraient traité en pays étranger : les tribunaux français, saisis de la contestation, pourraient, d'après la nature ou l'objet de la convention, ou d'après les circonstances, présumer que les contractants ont voulu ou dû suivre les règles suivies en France, et se conformer à ces règles pour admettre ou repousser la preuve testimoniale. C'est là une conséquence des principes que nous avons développés plus haut (2).

Remarquons aussi que, si deux étrangers avaient contracté en France, ou que si un étranger avait contracté en France avec un Français, la convention ne pourrait être prouvée en France que suivant les modes de preuve autorisés par la loi française. C'est encore là une conséquence des règles qui ont déjà été tracées sur l'application de la maxime *Locus regit actum* (3).

771. J'ai dit qu'il fallait distinguer, relativement aux moyens de prouver une convention faite en pays étranger, entre ce qui touche l'admissibilité de la preuve, et ce qui est relatif à la forme de cette preuve et à la manière d'y procéder. Nous venons de voir les règles sur l'admissibilité : passons maintenant à celles qui regardent la forme.

La forme de la preuve testimoniale, et la manière d'y procéder, c'est-à-dire la forme de l'enquête, tient à l'ordinatoire. La question de savoir en quelle forme on procédera à l'enquête, n'est pas la même que celle de savoir s'il y aura enquête. Lorsque celle-ci est résolue affirmativement, d'après les principes qui régissent le décisoire, et qu'il ne s'agit plus

(1) N. 1490.
(2) Voy. *sup.*, n. 772.
(3) *Ibid.*, n. 771.

que de procéder à l'enquête, les juges, qui n'ont plus à déterminer les droits des parties, mais seulement à régler leur forme de procéder, ne peuvent évidemment suivre que les lois de leur pays.

772. Cela est sans difficulté pour ce qui touche la marche générale de l'enquête. Mais on peut élever quelques doutes sur un point particulier de cette procédure.

Suivant M. Fœlix (1), de ce que c'est la loi du lieu où a été faite la convention qui décide de l'admissibilité de la preuve testimoniale, il résulte que la capacité des témoins doit être jugée d'après la loi du pays où s'est passé le fait qu'il s'agit de prouver, et non d'après la loi du pays où se fait l'enquête. « Ainsi, dit-il, lorsqu'il s'agira en France de rapporter la preuve d'une convention verbale dans un pays dont la loi n'autorise les reproches contre les parents ou alliés que jusqu'au degré de cousin germain, les cousins issus de germains seront témoins capables. En effet, les parties, en passant une convention verbale, ne peuvent être tenues de se ménager d'autres preuves que celles qui sont prescrites par la loi du lieu de la convention. »

Je ne crois pas cette opinion exacte. Sans doute, les parties, en passant une convention verbale dans un lieu qui les autorise à employer la preuve testimoniale, pour établir l'existence de cette convention, ne peuvent être tenues de se ménager d'autres preuves que celles qui sont prescrites par la loi du lieu de la convention, en ce sens qu'on ne peut les priver, dans un autre lieu, de la preuve testimoniale sur laquelle elles comptaient en traitant l'une avec l'autre. Mais comme les parties savaient ou devaient savoir que si leur convention devenait l'objet d'un procès en pays étranger, elles n'auraient d'autre droit que celui de la prouver par témoins, sans pouvoir imposer aux juges étrangers d'autres formes de procéder que celles d'après lesquelles seules il leur est permis de juger, elles devaient savoir aussi que leurs juges ne pourraient entendre des témoins auxquels la loi locale n'a pas confiance, parce que la régularité de l'enquête exige non-seulement que

(1) *Droit intern.*, n. 235. Voy. aussi M. Demangeat sur Fœlix, *ibid.*

les témoins soient entendus comme ils doivent l'être, mais encore que l'on n'entende pour témoins que ceux qui doivent être entendus. C'est alors qu'on peut dire, avec M. Mittermaier (1), que la preuve n'a pour but que de convaincre le juge, et que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par les lois de son pays (2).

Il y a cependant des cas où une enquête, faite dans une forme autre que celle prescrite par la loi des juges qui doivent l'apprécier, peut et doit avoir influence sur leur conviction. C'est ce qui a lieu notamment dans le cas de commission rogatoire, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. Terminons auparavant ce qui concerne l'emploi des divers moyens de preuve.

773. Ce que nous venons de dire sur les cas dans lesquels il est permis de faire usage de la preuve testimoniale, s'applique également aux présomptions qui sont les conséquences qu'il est permis de tirer d'un fait à un autre pour en établir la vérité.

De ces présomptions, les unes sont abandonnées aux lumières et à la prudence des juges qui ne doivent les admettre que dans le cas où la loi admet la preuve testimoniale (3); les autres, qui sont établies par la loi, peuvent faire preuve par elles-mêmes, et non-seulement dispenser de preuve celui au profit duquel elles existent, mais encore prévaloir contre toute autre preuve (4).

L'autorité de ces diverses présomptions, non moins que leur admissibilité, dépend de la loi qui régit le contrat, puisque l'une et l'autre tiennent également au décisoire.

774. Parmi les présomptions admises par la loi, il en est deux, la force de la chose jugée et le serment, qui exigent quelques explications.

(1) Voy. *sup.*, n. 770.

(2) M. Fœlix cite, comme ayant prononcé dans un sens conforme à son opinion, un arrêt de la cour de Cologne du 15 juillet 1822, rendu en matière d'effet rétroactif; et comme ayant adopté l'opinion contraire, M. Schœfner, *Droit privé*, § 157.

(3) C. civ., 1353.

(4) *Ibid.*, 1352.

Les explications relatives à l'autorité que peuvent avoir en France les jugements étrangers seront plus naturellement placées dans la section suivante.

775. Quant au serment, la question de savoir s'il peut être déféré par une partie, ou ordonné d'office par le juge sur un fait allégué, est naturellement résolue par la loi du lieu où s'est passé le fait qu'il s'agit d'établir.

Celle de savoir dans quelle forme le serment doit être prêté présente plus de difficulté. Je pense qu'en général le serment ordonné ou autorisé par un juge et prêté devant ce juge, doit être prêté dans la forme voulue par la loi de ce juge, parce qu'il s'agit ici de la forme de procéder. On peut en dire autant du serment que doivent prêter des témoins appelés à une enquête. Il me semble donc que M. Fœlix a commis une erreur lorsqu'il dit qu'on doit observer, en prêtant serment, la formule prescrite par la loi du lieu où s'est passé le fait qu'il s'agit d'établir (1). Il résulterait de là que lorsqu'une partie doit prêter serment sur plusieurs faits qui se sont passés dans des lieux différents, soumis à des lois diverses prescrivant des formules diverses de serment, la partie serait tenue de prêter serment, en autant de formes qu'il y aurait de faits à attester, ce qui n'est pas sérieusement soutenable. Seulement, comme le serment n'est pas un acte purement civil, comme il est de plus un acte religieux, l'homme appelé à le prêter peut ne vouloir s'y astreindre qu'en observant la formule prescrite ou admise par sa religion (2). Mais c'est là une prétention ou un scrupule étranger à la question de droit international.

La forme du serment peut encore donner lieu à des questions de droit international dans une matière qui va faire l'objet de notre examen, dans ses rapports avec les différentes voies d'instruction dont nous venons de nous occuper. Je veux parler des commissions rogatoires.

776. On entend, par commission rogatoire, la réquisition adressée par un juge à un autre juge, pour le prier de faire dans son ressort un acte d'instruction nécessaire au jugement

(1) *Droit intern.*, n. 336.

(2) Voy. *inf.*, liv. III, tit. III, chap. VI.

d'un procès, soit qu'il s'agisse d'entendre des témoins, de vérifier un fait, de compulser des registres, ou de recevoir un serment.

777. La commission rogatoire adressée par un tribunal français à un tribunal français est obligatoire pour le juge qui la reçoit et qui est tenu d'obtempérer à la réquisition qui lui est faite (1). Mais quand elle est adressée à un tribunal étranger, il est manifeste que ce tribunal ne peut être contraint de faire ce qu'on lui demande, parce qu'il est complétement indépendant de l'autorité qui lui donne commission de faire un acte d'instruction. Il peut donc refuser la commission qui lui est adressée. Toutefois, de ce qu'il peut la refuser, on aurait tort de conclure, ainsi que l'a fait la cour de Bruxelles (2), qu'elle ne peut lui être adressée. Ces deux facultés ne s'excluent nullement : la commission rogatoire n'est pas autre chose alors qu'un mandat purement volontaire qui peut être offert, accepté ou refusé. Si le juge étranger refuse, il use de son droit ; s'il accepte, il ne le compromet pas, puisqu'il est entendu qu'il peut le refuser, et qu'en rendant un bon office il ne fait que suivre les lois de la sociabilité, auxquelles il faut savoir obéir quand les exigences plus impérieuses de la politique ne s'y opposent pas (3).

778. Aussi est-il d'usage, chez presque toutes les nations de l'Europe, d'envoyer et d'accepter des commissions rogatoires, surtout en matière commerciale, dans tous les cas où elles n'ont pas pour objet un acte qui serait contraire à une loi locale (4). On trouve un exemple remarquable d'une prohibi-

(1) C. proc., 256.

(2) Arrêt du 18 octobre 1826 (Journal des arrêts de cette cour, t. I, de 1827, p. 18).

(3) Voy. Raviot, sur Bourgogne, quest. 256; Jousse, t. I, p. 43; Carré et Chauveau, sur Carré, n. 988 *ter* ; Toullier, t. X, n. 86 ; Émérigon, *Assurances*, ch. IV, sect. VIII ; Fœlix, *Droit internat.*, n. 248 ; Cass., 18 août 1836, S., 36, 1, 795.

(4) Voy. l'exposé des lois ou des usages des différents peuples à cet égard dans le *Traité de droit international* de Fœlix, n. 243 et suiv. — En France, la matière est réglée par une instruction du ministre de la justice, ainsi conçue: « Les magistrats ne doivent déférer aux commissions rogatoires en matière civile, qui viennent de l'étranger, qu'autant qu'elles leur ont été

tion de cette nature dans le § 671 du Code de procédure de Prusse. Cet article défend aux juges prussiens de déférer aux réquisitions d'un tribunal étranger qui aurait déclaré un sujet prussien en état de faillite (*concurs*), lorsque cette réquisition a pour but la procédure de la faillite ou l'exécution de la sentence intervenue contre le failli, par le motif exprimé dans cet article, que la faillite ne peut être déclarée que par le juge du domicile du débiteur. Ce motif est fondé s'il ne s'applique qu'aux sujets prussiens qui ne sont ni domiciliés ni résidants dans les pays étrangers où a été déclarée leur faillite, c'est-à-dire qui n'y ont pas d'établissement de commerce. Mais il est inadmissible s'il entend dire que la faillite d'un sujet prussien ne peut être déclarée qu'en Prusse, à son domicile d'origine. La faillite tient au statut réel, plus qu'au statut personnel (1). De même que partout on peut contracter des dettes, de même partout on est tenu de les payer; et comme la dé-

transmises par le ministère de la justice, qui les reçoit du ministère des affaires étrangères, avec la traduction, s'il y a lieu et après examen.

« Elles ont ordinairement pour objet : 1° un interrogatoire à subir ; 2° un serment à recevoir ; 3° une enquête à faire ; 4° une remise de pièces ; 5° une assignation à donner ; 6° une décision définitive à exécuter.

« Quand la commission rogatoire doit, pour son exécution, être suivie d'un acte du ministère du juge, elle doit être déposée au greffe et annexée à cet acte, parce qu'elle constitue le mandat du tribunal français, qu'elle appartient à celui-ci et qu'il ne doit pas s'en dessaisir.

« L'on doit, en général, suivre les lois et la procédure du royaume sur le cas dont est question pour l'exécution des commissions rogatoires. Dans les cas rares qui peuvent exiger une exception à cette règle, il en est donné avis par une lettre spéciale d'envoi.

« Les commissions rogatoires en matière civile, ou pour des faits qui pourraient donner lieu à une action civile, doivent être exécutées par les magistrats sans intervention nécessaire des parties intéressées. Toutefois, les parties sont libres d'intervenir, et alors, pour motiver leurs diligences, elles peuvent demander au greffier une expédition de la commission rogatoire.

« Hors le cas de l'intervention spontanée des parties ou de l'une d'elles les commissions rogatoires sont exécutoires à la requête du ministère public.

« Les actes qui constatent l'exécution d'une commission rogatoire sont envoyés par le parquet au ministère de la justice avec un état des frais visé ; les pièces sont ensuite transmises au ministère des affaires étrangères, qui procure le remboursement des frais, lesquels, quand les parties n'y pourvoient pas, sont avancés comme faits d'office à la requête du ministère public. »

(1) Voy. *sup.*, n. 546.

claration de faillite n'est autre chose qu'un moyen d'assurer ce payement dans les limites de l'actif du débiteur, il est manifeste que tout débiteur peut être partout déclaré en état de faillite, quelle que soit sa nationalité, parce que partout il est tenu de payer.

779. Le juge auquel est adressée une commission rogatoire pour entendre des témoins doit, lorsqu'il l'accepte, procéder à l'acte d'instruction qui lui est demandé dans la forme déterminée par les lois de son pays (1). De ce qu'un juge étranger lui a délégué son pouvoir, on aurait tort de conclure qu'il représente exactement ce juge et qu'il doit procéder suivant les formes du délégant. La loi 1, ff., *De officio ejus cui mandata est jurisdictio*, dit bien que le juge auquel un autre juge a délégué sa juridiction, n'agit pas en vertu de sa propre juridiction, mais en vertu de celle qui lui a été déléguée : « *Qui mandatam jurisdictionem suscepit proprium nihil habet, sed ejus qui mandavit jurisdictione utitur ;* » toutefois cela doit s'entendre du pouvoir du juge délégué et du droit qu'il a de connaître de l'affaire, et non de la forme dans laquelle il doit en connaître. En lui déléguant le fond, on ne peut lui imposer une forme qui n'est pas la sienne.

780. Cependant, le contraire a été jugé par un arrêt fort remarquable du parlement de Paris, rapporté par Charondas, dans ses *Pandectes* (2). Le parlement de Paris avait adressé une commission rogatoire à la Rote romaine pour faire une enquête. Les auditeurs de Rote ayant voulu interroger les témoins avec serment relativement à plusieurs faits concernant des reproches sur leur vie, qualité et religion, selon la forme observée dans leur juridiction, le demandeur s'y opposa et recourut au parlement de Paris, où il intervint un arrêt par lequel il fut dit qu'il avait été mal jugé par les auditeurs de Rote, et que les témoins seraient entendus selon la forme observée au parlement et suivant ce qui était porté dans le style du parlement (3) : « *Commissarii dati per curiam ad in-*

(1) Paris, 29 avril 1861, S, 62, 2, 253.
(2) Liv. IV, rep. 33.
(3) Part. II, chap. XXVII.

quirendum vel ad referendum curiæ, per omnia inquirendo, et in officio inquisitionis, sequentur et sequi debent stylum curiæ parlamenti à quâ missi sunt, et non loci illius in quo inquirunt. »

« Cette décison m'a toujours fait de la peine, dit naïvement Boullenois (1), et c'est avec plaisir que j'ai trouvé dans le commentaire de M. le président Bouhier (2), que ce magistrat si judicieux ne la goûtait pas. Il trouve en effet que l'on a été trop pointilleux dans cette décision ; et que le commissaire étranger ne pouvait guère suivre un style qu'il n'était pas obligé de savoir, et qui dans le fond est assez arbitraire. C'est pourquoi je serais disposé à dire que ce qui est porté au style du parlement, doit s'entendre des commissaires membres du parlement qui instrumentent dans le royaume. » — Je suis de l'avis de Boullenois.

781. Les formes de la procédure se trouvent d'ailleurs nécessairement modifiées par cette circonstance, que le juge qui reçoit une commission rogatoire étant saisi par la réquisition du juge qui la lui adresse et non par une demande des parties, peut procéder sans leur concours. Celles-ci peuvent sans doute intervenir si bon leur semble. Mais si elles n'usent pas de cette faculté d'intervention, le juge procède en leur absence et sans avoir besoin de les appeler aux vérifications qu'il est chargé de faire (3).

782. En serait-il de même, et les juges étrangers pourraient-ils se dispenser de procéder contradictoirement, s'il s'agissait non pas d'une commission rogatoire qui leur aurait été adressée par les juges saisis du fond du procès, mais d'une vérification qui leur aurait été demandée directement par l'une des parties ?

La question s'est présentée devant la Cour de cassation en l'an XII. Un achat de laines fait par un commissionnaire de Séville pour le compte d'un marchand de Paris avait donné lieu à un procès devant le tribunal de commerce de cette dernière ville. Pendant que ce procès s'instruisait, le commissionnaire

(1) T. I, p. 546.
(2) Ch. XXVIII, n. 90 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, n. 778, l'instruction ministérielle citée en note.

s'adressa aux juges de Séville, et en obtint des commissions rogatoires pour faire constater, par divers tribunaux espagnols, quel était au moment de la vente le prix commun des laines dans les lieux où elles avaient été achetées. Des témoins furent entendus dans ces différentes localités, sans que la partie adverse eût été appelée ; et les procès-verbaux de leurs dires et de leurs dépositions furent produits devant le tribunal de la Seine, dont le jugement, confirmé ensuite par le tribunal d'appel de Paris, donna gain de cause au commissionnaire. Le marchand parisien se pourvut en cassation, en se fondant sur ce que le jugement attaqué aurait pris pour base de sa décision, une enquête faite devant un juge étranger sur la seule réquisition d'un juge étranger, et sur ce qu'il y avait été procédé en l'absence des parties intéressées ; mais bientôt après il se désista de son pourvoi, de sorte que la difficulté ne fut pas juridiquement résolue.

Ce pourvoi présentait plusieurs questions : la première, que j'ai déjà posée, eût dû être résolue en faveur du demandeur en cassation dans le cas où il se fût agi d'une enquête véritable. Si dans une commission rogatoire adressée à un juge étranger par le juge français saisi de la contestation, le juge étranger, qui ne tient ses pouvoirs que de la délégation qui lui est faite par le juge français, n'est pas tenu de procéder en présence des parties, il en est autrement lorsque le juge étranger tient ses pouvoirs des parties elles-mêmes, et n'agit que parce qu'elles l'ont saisi elles-mêmes en lui demandant de procéder directement à une voie d'instruction qu'elles jugent nécessaire. Toute procédure doit être contradictoire : c'est là un principe fondamental qui reprend son empire quand une exception nécessaire ne le remplace pas.

Mais, et c'est là une autre question, s'agissait-il d'une enquête proprement dite ? Non. Les témoins n'avaient été entendus que sur des points d'usage relatifs au commerce des laines en Espagne. Leurs dépositions ne pouvaient donc être considérées que comme des actes de *notoriété* ou des *parères*. Or, des actes de notoriété, des parères, ne sont que des consultations ; et l'on sait assez, disait avec beaucoup de raison

M. Merlin, dans les conclusions qu'il avait préparées sur cette affaire (1), qu'une consultation de négociants peut, aussi bien qu'une consultation d'hommes de loi, mériter l'attention des juges, quoiqu'elle ne soit pas donnée contradictoirement avec toutes les parties intéressées.

783. Il reste à savoir si des parères donnés devant un tribunal étranger, sur un point d'usage commercial, peuvent être produits devant un tribunal français et servir de base au jugement de ce tribunal. L'affirmative ne saurait être douteuse. Des parères délivrés par des négociants étrangers, sans l'intervention d'aucun juge étranger, peuvent assurément être pris en considération par les tribunaux français. Pourquoi en serait-il autrement lorsque ces parères ou les attestations dans lesquelles ils consistent ont été données devant un juge étranger? Les lois qui ne permettent d'exécuter en France les jugements étrangers qu'après qu'ils y ont été déclarés exécutoires, sont ici sans application. Il ne s'agit ni de jugement, ni d'exécution; mais seulement de la constatation d'un fait, à laquelle l'intervention de la justice a donné une sorte d'authenticité. « Ce n'est point par les juges espagnols, disait encore M. Merlin, mais en leur présence, qu'ont été délivrés les actes de notoriété sur lesquels le tribunal de commerce de Paris a en partie motivé son jugement; et assurément, des attestations qui auraient pu être données devant un notaire ou sous seings privés, et qui dans l'une ou l'autre forme auraient pu être prises en considération par le tribunal de commerce de Paris, n'ont pas perdu toute croyance par cela seul qu'elles ont été données en justice. »

Il n'est pas besoin d'ajouter qu'une commission rogatoire adressée par les juges d'un pays à des juges étrangers, peut avoir pour objet de leur demander des parères sur un point d'usage commercial aussi bien que toute autre vérification.

784. Parmi les vérifications qui font le plus ordinairement l'objet des commissions rogatoires, se trouve l'examen à faire des livres de commerce ou autres registres et papiers dépo-

(1) *Quest. de droit*, v° *Suppléant*, § 1.

sés en pays étranger (1). Raviot (2) cite même un arrêt du parlement de Dijon, du 2 décembre 1698, qui autorise un marchand hollandais plaidant en France contre un marchand français à citer ce dernier devant le juge d'Amsterdam pour y prendre des extraits d'un livre de raison qui ne pouvait être déplacé.

785. Arrivons au cas où la commission rogatoire a pour objet une prestation de serment.

Nous avons déjà vu que lorsqu'un serment doit être prêté devant le juge qui a ordonné ou autorisé ce mode de preuve, il faut observer la formule de serment prescrite par la loi locale, sauf le cas où des motifs religieux y introduiraient des modifications. Mais lorsque le serment est prêté par suite d'une commission rogatoire devant un juge autre que celui par lequel il a été ordonné, doit-il être prêté dans la forme voulue par la loi du juge commettant, ou dans la forme voulue par la loi du juge commis?

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Ou le juge commettant, en renvoyant devant un autre juge pour une prestation de serment, se tait sur la forme de ce serment, ou il la détermine.

Dans le premier cas, il ne me semble pas douteux que, la forme du serment tenant à l'ordinatoire, le juge à qui a été commis le soin de le recevoir ne peut le demander que dans la forme voulue par la loi ou l'usage local, suivant les différences que chaque rite religieux peut y introduire.

Dans le second cas, c'est-à-dire quand le juge commettant a déterminé la forme du serment qu'il demande et indiqué la formule prescrite par sa loi personnelle, il faut encore distinguer.

Si le serment doit être prêté par une personne régie par la loi du lieu où siége le juge commis, on ne peut imposer à cette personne une autre forme de serment que celle qui est établie par sa loi personnelle. Celui à qui une formule étrangère est présentée peut sans doute l'accepter : son intérêt

(1) Voy. *sup.*, n. 768. V. aussi Demangeat sur Bravard, t. I, p. 143.
(2) Sur Bourgogne, quest. 256, n. 17.

peut même lui en faire un devoir; mais elle ne peut lui être imposée; et il ne me semble pas douteux que le serment qu'il prêterait devant son juge dans la forme voulue par la loi de son pays devrait être accepté par le juge étranger qui a donné la commission rogatoire.

Si, au contraire, la personne qui doit prêter le serment est régie par la loi du juge commettant, la formule indiquée par ce juge est obligatoire aussi bien pour la partie qui doit prêter le serment que pour le juge commis, en tant du moins qu'elle peut concorder avec les lois générales du pays où le serment doit être prêté.

Ces distinctions fort délicates, mais qui semblent seules capables d'indiquer les limites des droits publics et privés qui concourent en cette matière, ont été suivies par deux jugements du tribunal de commerce de la Seine, recueillis par les journaux judiciaires.

Le premier de ces jugements, en date du 29 octobre 1829 (1), a été rendu à l'occasion d'un procès engagé entre deux Juifs de Paris et un négociant de Cologne. Un serment avait été déféré aux deux Juifs de Paris, et le tribunal de commerce de Cologne avait adressé, à cet effet, une commission rogatoire au tribunal de commerce de Paris, pour recevoir ce serment, *more judaico*. A Cologne, suivant un arrêté du 22 décembre 1837, rendu par la commission de justice qui y était alors établie, les formes sont les mêmes que dans les autres pays placés sous la domination prussienne, c'est-à-dire que le serment déféré à un Juif doit être prêté à la synagogue, entre les mains du rabbin, qui donne préalablement lecture des exécrations prononcées par la religion juive contre les parjures, en présence d'un membre du tribunal délégué à cet effet, qui dresse procès-verbal de l'acte de prestation de serment (2). Le négociant de Cologne, se prévalant des termes de la commission rogatoire, demandait que le serment fût prêté dans la forme qui vient d'être décrite. Mais le tribunal de com-

(1) *Gazette des tribunaux* du 30 octobre 1829.

(2) Code de procéd. de la Prusse, part. I, tit. X, § 317-346. Voy. Fœlix, *Droit intern.*, n. 248.

merce de Paris ne fit droit qu'en partie à cette demande, « Attendu, porte son jugement, que s'il est dit, dans la commission rogatoire, que le serment sera prêté dans les formes prescrites par la religion juive, ces formes ne peuvent s'entendre que de celles qui sont susceptibles d'être pratiquées dans l'enceinte de l'audience..... » Et le tribunal ordonna que le serment serait prêté à son audience, par les parties, conformément aux prescriptions de la loi juive, c'est-à-dire la main placée sur le Décalogue à l'usage de cette religion.

L'autre jugement n'est pas moins remarquable. Un arrêt de la Cour supérieure de Bruxelles avait adressé une commission rogatoire au tribunal de commerce de Paris, pour recevoir le serment déféré à un Français, à M. J. Laffite, dans un procès qu'il soutenait en Belgique. La partie adverse demandait que le serment fût prêté ainsi qu'il est d'usage en Belgique, où la formule ordinaire est terminée par ces mots: *Ainsi Dieu m'aide et ses Saints.* La partie qui devait prêter le serment déclarant accepter cette formule, le tribunal ne pouvait s'empêcher de l'admettre. Mais il constata d'abord le droit qu'avait cette partie de le prêter dans la forme ordinaire, « Attendu, en droit, disait le tribunal, par son jugement du 9 août 1833 (1), que les tribunaux français ne peuvent être assujettis à recevoir un serment que dans les formes ordinaires et accoutumées, et suivant les usages du royaume ; mais, attendu que le sieur Laffitte ne voit aucun inconvénient à ajouter à la forme ordinaire les expressions requises par la partie adverse, et qui sont usitées dans le royaume de Belgique ; par tous ces motifs, sans s'arrêter autrement aux conclusions de cette partie, sur l'offre du sieur Laffite, et sans tirer à conséquence, ordonne que ledit sieur Lafitte sera admis à prêter serment tel qu'il est requis. »

Je crois que ces deux jugements ont fait une saine application des principes.

Cependant, M. Fœlix les critique et prétend que le tribunal de commerce de la Seine était tenu, dans l'un et l'autre cas, de dé-

(1) *Gaz. des Trib.* du 10 août 1833.

férer purement et simplement aux réquisitions des tribunaux étrangers, de recevoir le serment dans la forme que ces tribunaux avaient prescrite, et qu'en ne l'ayant pas fait, il s'était exposé à voir rejeter, comme inefficace, le serment dont il avait cru devoir se contenter. Je ne saurais accorder un pouvoir aussi étendu au juge commettant. La commission rogatoire, quand elle est acceptée par le juge commis, ne change pas la nature de ses obligations et de ses devoirs. Il se charge d'une instruction requise par un juge étranger; mais il ne s'en charge qu'à la condition nécessaire d'y procéder suivant la loi locale, qui seule peut et doit lui servir de guide. Lors donc qu'une instruction ainsi faite revient au juge commettant, celui-ci ne pourrait en critiquer la forme sans un excès de pouvoir manifeste, puisqu'il ne peut s'ingérer dans la procédure des tribunaux étrangers, ni leur imposer, en leur adressant une commission rogatoire, une forme de procéder incompatible avec les formes suivant lesquelles ils doivent juger. Un pareil système porterait atteinte à l'indépendance réciproque des législations étrangères et des tribunaux qui en sont les organes. S'il était admis, il n'y aurait plus moyen d'accepter des commissions rogatoires.

§ III. — *De la forme de procéder en matière criminelle.*

Sommaire. — 786. Principes généraux. — 787. Commissions rogatoires. — 788. Application de la peine.

786. Il y a peu de choses à dire sur ce point, qui est presque complétement en dehors de la matière dont nous nous occupons. Les principes généraux posés dans les paragraphes qui précèdent conservent d'ailleurs ici leur empire, en ce sens que la forme de procéder, en matière criminelle, est régie par la loi du lieu où se fait l'instruction et où se poursuit le jugement, en quelque lieu que le crime ou le délit ait été commis, et quelle que soit la nationalité de l'accusé ou du prévenu.

787. En matière criminelle, comme en matière civile, on fait usage des commissions rogatoires; et l'instruction ou la

vérification, demandée au juge commis, a nécessairement lieu dans les formes prescrites par la loi de ce pays.

788. D'après les articles 5 et 6 du Code d'instruction criminelle, la peine qui doit être prononcée par les tribunaux français contre un Français ou un étranger, qui s'est rendu coupable en pays étranger, d'un crime ou d'un délit de nature à pouvoir être poursuivi en France, est celle qui est établie par les lois françaises, et non celle qui est établie par les lois du lieu où a été commis le fait qu'il s'agit de réprimer. Presque toutes les législations de l'Europe ont adopté la même règle. Quelques-unes, cependant, appliquent la loi la plus douce; une seule, l'Autriche, n'applique la loi la plus douce qu'à l'étranger. Une autre enfin, la Prusse, ne suit la règle tracée par la loi française que relativement aux sujets prussiens : quant aux étrangers, elle leur applique la loi du lieu où a été commis le crime ou le délit (1).

Ces différentes législations sont les échos d'autant de systèmes, qui tous ont leurs représentants parmi les jurisconsultes et les publicistes. Ce n'est pas ici le lieu de les discuter. Je me bornerai à faire observer que le système de la loi française, qui applique la loi du lieu où le crime est jugé, et non celle du lieu où le crime a été commis, se justifie non-seulement par cette considération théorique, que le pouvoir du juge se borne à l'application de la peine prononcée par la loi de son pays, mais aussi par cette autre considération, que lès tribunaux français ne sont compétents pour connaître des crimes commis en pays étranger, par des étrangers, que lorsqu'ils portent atteinte à la sûreté de l'État ou à la fortune publique, et que ces intérêts divers doivent être directement protégés par la loi nationale à laquelle il appartient dès lors de réprimer et de punir tout ce qui peut les compromettre (2).

SECTION V. — De l'exécution des jugements et des actes étrangers.

Sommaire. — 789. Division

789. Nous avons vu, dans les sections qui précèdent, à

(1) Voy. Fœlix, *Droit internat.*, t. II, n. 599 et suiv.
(2) Voy. la loi du 27 juin 1866.

quelles conditions les étrangers sont admis dans l'État; comment ils peuvent y contracter; la forme, la validité et les effets généraux des actes qu'ils y font ou qu'ils y exécutent; quand et comment ils peuvent agir devant les tribunaux. Il nous reste maintenant à examiner la force particulière de certains actes étrangers qu'il s'agit de ramener à exécution dans l'État, et de rechercher comment ils obtiennent en France la force exécutoire qui leur est attribuée dans le lieu d'où ils viennent. Nous passerons ensuite en revue quelques formalités préalables plus ou moins nécessaires de l'exécution des actes; et enfin nous verrons en quoi consistent les actes d'exécution auxquels sont plus particulièrement soumis les étrangers.

§ I. — *De la force exécutoire des jugements et actes étrangers, ou de l'exécution parée.*

SOMMAIRE. — 790. Ce que c'est que l'exécution parée. — 791. Quels actes jouissent en France de l'exécution parée. — 792. Règles particulières aux jugements et aux actes étrangers.

790. On entend par exécution parée celle qui peut se faire en vertu de l'acte tel qu'il est, sans avoir besoin d'autre formalité ni d'autre titre (1).

791. En France, les jugements et les contrats qu'un officier public, ayant qualité à cet effet, a revêtus de la formule exécutoire (2), jouissent de l'exécution parée; c'est-à-dire qu'il suffit de les signifier au condamné ou à l'obligé pour pouvoir employer contre lui les moyens de contrainte autorisés, par la loi, saisir ses biens meubles et immeubles, les faire vendre, et atteindre forcément les résultats de l'obligation ou de la condamnation auxquels il ne veut pas se soumettre (3).

792. Mais cette force exécutoire n'est accordée qu'aux jugements qui émanent des tribunaux français, et aux contrats passés en France. Les jugements et les actes étrangers sont soumis à des règles spéciales dont l'application aux juge-

(1) Merlin, *Répert.*, vo *Exécution parée.*
(2) Voy. *inf.*, § 2.
(3) C. pr., 545.

ments d'abord, ensuite aux contrats, fera l'objet des deux articles suivants.

Article I. — Des jugements.

SOMMAIRE. — 793. Les jugements étrangers n'ont pas d'exécution parée en France. — 794. Formalités nécessaires pour la leur faire obtenir. — 795. Anciennes dispositions de l'ordonnance de 1629, dispositions nouvelles du Code civil et du Code de procédure. — 796. Le Code civil et le Code de procédure ont abrogé l'ordonnance de 1629. — 797. Autorité des jugements étrangers. — 798. Ils font preuve des faits qu'ils constatent. — 799. *Quid* des jugements déclaratifs de faillite? Renvoi. — 800. Les jugements étrangers ont-ils en France l'autorité de la chose jugée? — 801. Les jugements étrangers doivent-ils être révisés avant d'être rendus exécutoires? Sur quoi doit porter l'examen des tribunaux français? — 802. Du cas où le jugement est rendu au profit d'un Français. — 803-804. Modification résultant de traités diplomatiques. — 805. Les jugements rendus en matière commerciale doivent être rendus exécutoires comme ceux qui sont rendus en matière civile. — 806. A qui appartient-ils de rendre exécutoires les jugements étrangers en matière commerciale? — 807. Procédure. — 808. Les jugements qui statuent sur la demande, à fin d'exécution, doivent-ils être rendus en audience publique? — 809. Des jugements rendus en matière de faillite. Jugements déclaratifs. Distinctions. — 810. — Du cas où le failli a deux maisons de commerce en divers pays. — 811. Du concordat et du jugement homologatif du concordat. — 812. Des jugements étrangers qui accordent un sursis au débiteur. — 813. Des jugements qui prononcent la réhabilitation du failli. — 814. Des sentences arbitrales. — 815. De l'arbitrage volontaire. — 816. De l'arbitrage forcé. — 817. Cas divers où l'arbitrage peut être considéré comme forcé. — 818. Les sentences arbitrales emportent hypothèque comme les jugements, après avoir été rendues exécutoires. — 819. Quand le jugement déclaratif de faillite donne-t-il hypothèque? — 820. Publication des jugements déclaratifs de faillite et des jugements de séparation de biens.

793. C'est une règle fondamentale du droit public de toutes les nations, qu'un jugement rendu dans un pays ne peut être de plein droit exécutoire dans un autre, en vertu du mandement seul du juge qui l'a rendu. Partout il faut, pour qu'un jugement étranger puisse être exécuté, qu'il soit présenté aux tribunaux du pays qui, en se l'appropriant, lui donnent en quelque sorte le baptême de la nationalité, dans lequel il puise sa force exécutoire. Cette règle trouve son fondement naturel dans cette considération, que la force exécutoire n'est communiquée au jugement que par le mandement du souverain en qui seul cette force réside, et que ce mandement

n'ayant d'autorité que dans le territoire soumis au souverain dont il émane (1), doit nécessairement être remplacé par un autre mandement quand il s'agit d'exécuter le jugement dans un autre territoire. « *Extra territorium jus dicenti impunè non paretur* (2). »

Un jugement rendu par un tribunal étranger ne peut donc être exécuté en France qu'après avoir été rendu exécutoire par les tribunaux français (3).

794. Mais l'application de cette règle générale a soulevé plusieurs difficultés dont la principale consiste à savoir si les tribunaux français appelés à rendre exécutoires les jugements étrangers, doivent se borner à les revêtir d'un *pareatis* ou d'une ordonnance d'*exequatur ;* ou si, au contraire, ils doivent réviser l'affaire et juger le nouveau fond du procès. La question est grave, par les conséquences que peut avoir sa solution; elle est grave aussi en elle-même par les questions incidentes dont elle se complique, qui embarrassent le terrain de la discussion, font perdre de vue la difficulté principale et entravent sa solution.

795. Nous ne remonterons pas plus haut que l'ordonnance de 1629, connue sous le nom de *Code Michaut,* en souvenir de son auteur, le garde des sceaux Michel de Marillac. L'article 121 de cette ordonnance porte : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume; ainsi tiendront lieu les contrats de simples promesses; et nonobstant les juments, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par-devant nos officiers. » J'ai déjà eu l'occasion d'expliquer comment on chercha à envelopper cette ordonnance dans la disgrâce

(1) *Ejus territorium suis finibus clauditur, et latitudo ejus meta est cujusque potestatis,* dit d'Argentré, sur Bretagne, art. 17.

(2) L. *Ult.* ff. *De juridict.*

(3) Les jugements étrangers rendus par les anciens tribunaux sardes au profit des sujets sardes contre des Français, ont depuis l'annexion conservé, sur le territoire de la Savoie, leur autorité vis-à-vis du Français au préjudice desquels ils avaient été rendus. Cass., 16 nov. 1868, D, 68, 1, 473.

de son auteur (1) ; cependant, jusqu'au Code civil et au Code de procédure, cet article 121 est resté la seule loi de la matière.

Le Code civil contient, sur l'autorité des jugements et des actes étrangers, deux dispositions spéciales aux hypothèques, mais que le Code de procédure civile a généralisées. Aux termes de l'article 2123 du Code civil, « l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étrangers qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques et dans les traités. » L'art. 2128 ajoute que « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités; » et l'article 546 du Code de procédure civile, généralisant ces dispositions, veut que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, ne soient susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2133 et 2138 du Code civil. »

796. La première question qui se présente ici est celle de savoir si l'article 121 de l'ordonnance de 1629 est toujours en vigueur, et s'il n'a pas été abrogé par les dispositions nouvelles du Code civil et du Code de procédure. Et cette question n'est pas sans intérêt, car si l'on compare l'ordonnance et les Codes, on reconnaîtra sans peine qu'il y a une grande différence entre la première et les derniers, puisque l'ordonnance refuse aux jugements étrangers toute exécution en France, et permet aux parties contre lesquelles ils ont été rendus de débattre de nouveau leurs droits comme entiers devant les tribunaux français; tandis que le Code civil et le Code de procédure se bornent à refuser hypothèque et exécution aux jugements étrangers, tant qu'ils n'ont pas été déclarés exécutoires par un tribunal français; de sorte que les jugements étrangers qui ne peuvent produire aucun effet selon l'ordonnance, peuvent en produire selon les lois nouvelles quand ils ont été rendus exécutoires. En d'autres termes, l'article 2123 du Code

(1) Voy. *sup.*, n. 692.

civil généralisé par l'article 546 du Code de procédure, suppose qu'on doit s'adresser au tribunal français, non par une nouvelle action, mais pour faire rendre le jugement exécutoire; tandis que l'article 121 de l'ordonnance de 1629 suppose au contraire qu'en aucun cas le jugement rendu en pays étrangers ne pouvait etre rendu exécutoire, qu'on ne pouvait en faire usage, et qu'il fallait venir devant les tribunaux français par voie d'action nouvelle pour obtenir un jugement nouveau (1).

Cette différence fondamentale une fois constatée, il est évident que les lois nouvelles qui l'ont introduite ont nécessairement abrogé la loi ancienne; car on ne concevrait pas comment l'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui repose sur cette idée que les jugements étrangers n'ont aucune autorité en France, et que les parties peuvent de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant les tribunaux français, aurait conservé quelque force et quelque autorité en présence d'une législation qui permet d'exécuter les jugements étrangers, lorsqu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. J'ai donc peine à m'expliquer comment des auteurs dont le nom fait à juste titre autorité (2) considèrent cette ordonnance comme étant toujours en vigueur. Sans doute, l'ordonnance et les Codes reposent sur ce principe commun, que l'indépendance des États ne permet pas de reconnaître dans un État une force exécutoire aux jugements rendus dans l'autre; mais l'ordonnance et les Codes appliquent ce principe de deux manières, dont l'une exclut l'autre; de telle sorte que lorsqu'il s'agit d'établir que sur ce point la légistion ancienne a été abrogée par la législation nouvelle, l'embarras consiste, non à trouver des raisons pour démontrer cette abrogation, mais à chercher pour les combattre, les

(1) Voy. M. Troplong, *Des hypoth.*, n. 451.

(2) Toullier, t. X, n. 76 et suiv.; et plus récemment, Chauveau, sur Carré, n. 1899; et Fœlix, *Droit intern.*, t. II, n. 348. — Merlin considère aussi l'ordonnance de 1629 comme toujours en vigueur, mais à l'occasion d'une affaire dont les faits étaient antérieurs au Code. Voy. *Question de droit*, v° *Jugement*, § 14.

raisons contraires qu'il ne m'est pas donné d'apercevoir, et que les auteurs n'indiqnent pas.

Il faut donc tenir pour constant qu'aujourd'hui, et dans l'état actuel de la législation, les seuls textes à consulter pour déterminer le degré d'autorité qu'il convient d'accorder aux jugements étrangers se trouvent dans les articles 2123 et 2128 du Code civil, et dans l'article 546 du Code de procédure, qui autorisent l'exécution de ces jugements lorsqu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français.

797. Une conséquence importante à tirer de là, conséquence qui vient tout à l'heure d'être indiquée, c'est que le jugement étranger, avant d'être rendu exécutoire, n'est pas nécessairement considéré comme non avenu; qu'il a une existence qui lui est propre, et que si son exécution dépend de la sanction que peuvent lui donner ou lui refuser les tribunaux français, il constitue cependant un acte qui a par lui-même une espèce d'autorité.

Mais quelle est l'étendue de cette autorité?

798. On reconnaît d'abord assez généralement que les jugements étrangers, alors même qu'ils n'ont pas encore été déclarés exécutoires, font foi, du moins jusqu'à preuve contraire, des faits qu'ils constatent en dehors de toute condamnation (1). C'est ainsi qu'il a été décidé qu'un jugement étranger, quoique non revêtu du *pareatis* des tribunaux français, peut être invoqué en France comme preuve d'une déclaration d'absence et de l'envoi en possession des biens de l'absent, de telle sorte que les héritiers envoyés en possession peuvent poursuivre en France les débiteurs de l'absent, sans qu'il soit nécessaire de faire déclarer exécutoire le jugement déclaratif de l'absence, « considérant que le jugement étranger n'était point invoqué dans la cause à titre d'exécution parée, mais comme preuve uniquement de la qualité du demandeur (2). » C'est ainsi encore qu'il a été jugé qu'un tribunal français avait pu condamner un vendeur à garantir l'acquéreur

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Suppléant*, § 1; Toullier, t. X, n. 86; Pardessus, n. 1488; Cass., 11 janv. 1843, S., 43, 1, 671.
(2) Douai, 5 mai 1836, S., 36, 2, 428.

d'une éviction prononcée par un tribunal étranger, sans qu'il fût nécessaire que ce jugement étranger eût été préalablement déclaré exécutoire (1).

799. Mais que doit-on décider relativement à un jugement déclaratif de faillite ? Doit-on considérer la déclaration de faillite émanant d'un tribunal étranger, comme un fait dont on puisse se prévaloir en France, bien que le jugement déclaratif n'y ait pas été déclaré exécutoire, ou comme une condamnation qui ne peut être exécutée sans le mandement des tribunaux français.

A cette difficulté se rattachent plusieurs questions particulières relatives aux divers jugement qui peuvent intervenir en matière de faillite : il convient dès lors d'en renvoyer l'examen après celui des questions plus générales relatives à l'étendue de l'autorité des jugements étrangers (2).

800. Si l'on s'accorde à reconnaître que les jugements étrangers, même non rendus exécutoires, peuvent faire preuve des faits qu'ils constatent ; par contre, on ne s'accorde pas aussi généralement à leur reconnaître l'autorité de la chose jugée (3). Mais il est à remarquer que les arguments sur lesquels on se fonde pour la leur refuser, sont pris beaucoup plus dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui, je le répète, est abrogé, que dans les articles 2123 et 2128 du Code civil, combinés avec l'article 546 du Code de procédure, dans lesquels seuls se trouvent aujourd'hui les dispositions légales relatives à l'autorité des jugements étrangers. Il importe donc peu que, sous l'ordonnance de 1629, les jugements étrangers n'eussent pas l'autorité de la chose jugée, à tel point que les parties pouvaient, nonobstant ces jugements, débattre leurs droits comme entiers devant les tribunaux français, si les lois nouvelles, qui ont remplacé l'ordonnance de 1629, en disposent autrement. C'est donc là ce qu'il s'agit d'examiner.

Des articles 2123, 2128 du Code civil et 546 du Code de

(1) Cass., 12 déc. 1826, S., 8, 1, 482.

(2) Voy. *inf.*, n. 809.

(3) Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Jugement*, § 14 ; Toullier, t. X, n. 76 et suiv. ; Cass., 18 pluv. an XII, S., 1, 1, 299.

procédure, il résulte que les jugements étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France que lorsqu'ils ont été rendus exécutoires par un tribunal français. Un jugement est mis à exécution quand celui au profit duquel il a été rendu contraint les parties condamnées, par toutes les voies de droit, à se conformer à ses dispositions, soit à payer le montant de la condamnation, soit à vider les lieux, soit à délaisser un immeuble, soit à restituer un meuble ; en un mot, à accomplir le fait ou à se désister du droit qui faisait l'objet du procès. Comme cette exécution n'a lieu qu'en vertu d'un mandement donné au nom du souverain local par l'autorité compétente, il faut, lorsqu'il s'agit d'un jugement étranger revêtu d'un mandement qui a perdu sa force en sortant du territoire soumis au pouvoir dont il émane, que ce mandement soit remplacé par celui du souverain dans les États duquel on veut le mettre à exécution. C'est à quoi ont pourvu les articles précipités du Code civil et du Code de procédure, qui, en refusant aux jugements étrangers l'exécution parée qu'obtiennent les jugements français, donnent les moyens de la leur faire obtenir.

Mais on comprend de suite qu'il y a une grande différence entre l'exécution d'un jugement consistant dans la mise en activité de ses dispositions, et l'autorité de la chose jugée, simple exception, qui constitue un état passif diamétralement opposé à l'exécution qui constitue un état actif. Cela est si vrai que, dans un grand nombre d'États de l'Europe, les jugements même rendus par les tribunaux du pays, tout en ayant l'autorité de la chose jugée, n'emportent pas exécution parée (1), et que si on peut y exciper de leur autorité pour faire repousser une demande qui serait contraire à ce qu'ils ordonnent, on ne peut les y mettre à exécution qu'après avoir obtenu un mandement spécial des officiers de justice préposés à cet effet. Les articles 2123, 2128 et 546, qui ne s'occupent que de l'exécution, ne peuvent donc être étendus à l'autorité de la chose jugée, dont ils ne s'occupent pas.

(1) Voy. Fœlix, *Droit internat.*, t. II, n. 324.

Supposons qu'une partie ait formé une demande en pays étranger, et qu'après avoir succombé en tout ou en partie, elle forme une nouvelle demande en France. L'autre partie, qui a fait rejeter la demande en pays étranger, excipe de la chose jugée. Pourra-t-on lui opposer que le jugement n'est pas exécutoire en France? Évidemment non. Cette partie n'exécute pas, elle n'a pas à exécuter; le jugement, en tant qu'il rejette tout ou partie de la demande, ne prononce pas de condamnation exécutable, puisqu'il se borne à déclarer la demande non recevable ou mal fondée. A quoi bon dès lors se pourvoir devant les tribunaux français pour faire obtenir au jugement une exécution parée, qui suppose toujours ou la nécessité ou l'utilité d'une exécution. Et lors même que le jugement prononcerait des condamnations au profit de la partie qui excipe de la chose jugée, comme elle n'en demande pas l'exécution, et qu'elle se borne à se prévaloir du chef du jugement qui a rejeté la demande, qu'elle se renferme dans une exception exclusive de toute exécution actuelle, on ne peut lui opposer des lois qui ne régissent que l'exécution. C'est ce qu'a fort bien jugé la Cour de cassation le 13 novembre 1827 (1).

Ces considérations écartent tous les arguments qu'on tirait des termes de l'ordonnance de 1629, qui disposait que les jugements étrangers n'auraient aucune exécution en France, et que, nonobstant lesdits jugements, ceux contre lesquels ils auraient été rendus pourraient de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant les juges français. Alors on pouvait dire, non sans quelque apparence de raison, que ces mots, *aucune exécution*, rapprochés de la faculté expressément accordée de débattre de nouveau l'objet du procès, excluaient toutes les manières possibles de donner en France un effet quelconque aux jugements étrangers (2).

Mais aujourd'hui que les articles 2123 du Code civil, et 539 du Code de procédure, au lieu de dire que les jugements étrangers n'auront en France *aucune exécution*, se bornent à

(1) Voy. *sup.*, n. 692.
(2) Voy. Merlin, *loc. cit.*

disposer que les jugements étrangers ne seront susceptibles d'exécution en France qu'après avoir été déclarés exécutoires par un tribunal français, il faut reconnaître que cette déclaration n'ayant pour objet que l'exécution parée, qui ne peut résulter du mandement étranger, n'ayant pour but que d'empêcher la force publique française d'obéir à la réquisition d'une autorité étrangère, ne prive pas le jugement étranger des effets qu'il peut produire en dehors de toute exécution. Les dispositions de la loi qui consacrent le droit de la souveraineté nationale, ne sont point prises en vue des intérêts privés. Lorsque l'intérêt public n'est pas mis en question par une tentative d'exécution, les parties restent liées par les actes de la juridiction à laquelle elles se sont soumises (1).

On objecte que l'autorité de la chose jugée ne dérive pas du droit des gens, mais du droit civil, qui élève, en faveur de la partie qui a obtenu un jugement, la présomption que cette partie était bien fondée, soit dans la demande, soit dans la défense que le jugement a accueillie : d'où l'on conclut que si c'est la loi civile qui a introduit l'exception de chose jugée, cette exception ne peut pas, en France, s'appliquer aux jugements rendus dans une souveraineté étrangère, parce que le droit civil ne communique point ses effets d'une nation à l'autre; et que l'autorité publique, dont chaque souverain est investi, ne s'étendant point au delà de son territoire, celle des magistrats qu'il institue est nécessairement renfermée dans les mêmes limites, et que, par conséquent, les actes émanés de ces officiers doivent perdre sur la frontière toute leur force civile (2).

Mais cette objection n'est que spécieuse. Peu importe que l'autorité de la chose jugée émane du droit des gens ou du droit civil. L'autorité du jugement, quant à la chose jugée, n'emprunte rien à celle du souverain dans le territoire duquel le jugement a été rendu. L'autorité de la chose jugée est ici l'autorité du fait. Il y a jugement, et quoique ce jugement ne soit pas de plein droit exécutoire hors du territoire

(1) Voy. l'arrêt précité du 13 nov. 1827.
(2) Merlin, *ubi sup.*

du juge qui l'a rendu, il n'en constitue pas moins un titre en faveur de celui qui l'a obtenu, titre opposable en tous lieux à la partie adverse, parce que les parties, en procédant devant le juge, ont formé une espèce de quasi-contrat qui les oblige à se conformer au jugement quand il est devenu définitif : *Quasi contrahitur in judicio.* Ce n'est donc pas comme acte exécutoire qu'il faut considérer le jugement qui sert de base à l'exception de chose jugée, mais comme contrat; et il est manifeste dès lors que l'exception de chose jugée fondée sur cet acte étranger peut être admise par les tribunaux français, sans que pour cela ils compromettent les droits de la souveraineté nationale (1).

Sans doute, avant d'admettre l'exception de chose jugée, les tribunaux français devront examiner si cette chose jugée peut exister, c'est-à-dire si le jugement dont on la fait résulter a été compétemment rendu, si la décision n'est pas contraire aux lois d'ordre public reçues en France; mais cela fait, sans avoir à prescrire l'exécution du jugement étranger, les tribunaux devront déclarer non recevable la demande qui se trouve en contradiction avec la décision étrangère (2).

De tout ce qui précède, il résulte que les jugements étrangers, alors même qu'ils n'ont pas été déclarés exécutoires par un tribunal français, font foi, jusqu'à preuve contraire, des faits qu'ils énoncent ou qu'ils constatent, et qu'ils ont l'autorité de la chose jugée. Il reste maintenant à examiner comment ils deviennent susceptibles d'exécution.

801. La question consiste à savoir comme on l'a déjà vu, si les tribunaux français, auxquels on demande de rendre exécutoire un jugement étranger doivent préalablement reviser le jugement, en soumettant le fond de l'affaire à un nouvel examen, ou, s'ils doivent se borner à revêtir le jugement étranger d'un *pareatis*, sans examen du fond. Peu de ques-

(1) Voy. Pinheiro-Ferreira, notes sur Vattel, p. 304; Martens, t. I, § 94. Voy. en sens contraire, Cass., 27 août 1812, S., 4, 1, 181; et 27 déc. 1852, S., 53, 1, 94. — V. aussi Paris, 23 juin 1855, S., 55, 2, 476.

(2) Voy. Cass., 23 juill. 1832; S., 32, 1, 661; D., 31, 1, 311 — Voy. cependant Rouen, 9 fév. 1869, S., 69, 2, 25.

tions ont plus profondément divisé les nombreux auteurs qui l'ont traitée (1).

D'abord, il ne faut pas perdre de vue que l'opinion qui exige une révision entière du procès, ne se présente pas aujourd'hui dans les mêmes termes que sous l'ordonnance de 1629. Cependant il est remarquable que tous les auteurs qui se prononcent pour cette révision, argumentent principalement de l'article 121 de cette ordonnance, qui refuse aux jugements étrangers aucune exécution, en France, et qui nonobstant ce jugement, permet aux parties de débattre leurs droits comme entiers devant les tribunaux français. En présence de cette disposition, il n'y a plus de question ; la révision est inévitable.

Mais nous ne sommes plus sous l'empire de l'ordonnance de 1629; nous sommes sous l'empire du Code civil et du Code de procédure. Il faut donc nous dégager, non-seulement des termes de cette ordonnance, mais encore de ses tendances de son esprit. Car il est manifeste que les lois nouvelles, en abandonnant les termes exclusifs et absolus dans lesquels le législateur de 1629 refusait toute exécution en France aux jugements étrangers, et permettait aux parties d'y débattre de nouveau leurs droits comme entiers, pour se borner à disposer que ces jugements ne sont susceptibles d'exécution en France qu'après avoir été déclarés exécutoires par les tribunaux français, n'ont pu vouloir tout ce que voulaient les lois anciennes. Par là, le Code civil, et le Code de procédure limitent le pouvoir des juges français à déclarer exécutoire

(1) Voy., dans le sens de la nécessité de la révision, Merlin, *Quest.*, v° *Jugement*, § 14, n. 2 ; Toullier, t. X, n. 85 ; Duranton, t. I, n. 155 ; Troplong, *Des hyp.*, n. 451 ; Boncenne, *Proc. civ.*, t. III, p. 222 ; Chauveau, sur Carré, n. 1899 ; Demolombe, t. I, n. 263 ; Cass., 19 avril 1819, S., 6, 1, 62 ; Douai, 3 janv. 1845, S., 45, 2, 511; Bordeaux, 6 août 1847, S., 48, 2, 153 ; Paris, 23 nov. 1851, S., 51, 2, 783. Colmar, 10 fév. 1864, S., 64, 2, 122. Cass., 20 août 1872, D., 72, 1, 342. — Dans le sens d'un *pareatis* sans révision du fond, V. Fœlix, t. II, n. 318 et suiv. ; Soloman, *Condit. des étrangers*, p. 408 et suiv.; Demangeat, *Cond. civ. des étrang.*, p. 405 et suiv.; Nouguier, *Trib. de com.*, t. II, p. 444 ; Marcadé, sur l'art. 15, Cod. civ. ; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 159 ; Pont, *Priv. et hyp.*, n. 586 ; Ch. Vergé, sur Martens, n. 95; Paris, 23 février 1866, et Angers, 4 juillet 1866, S., 66, 1, 300.

le jugement étranger ; or, c'est par cela même leur défendre de le réviser. Car, discuter et réviser, ce n'est pas rendre exécutoire un jugement préexistant, c'est lui en substituer un nouveau, qui est exécuté à la place du premier, lequel se trouve annulé de fait, puisque la révision lui enlève l'autorité à laquelle il pouvait prétendre, soit relativement à la chose jugée, soit relativement aux faits qu'il constate.

Cependant, le contraire a été jugé, le 19 avril 1819 (1), par la Cour de cassation : « Attendu que les articles 2123 et 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure n'autorisent pas les tribunaux à déclarer les jugements, rendus en pays étranger, exécutoires en France sans examen ; qu'une semblable autorisation serait aussi contraire à l'institution des tribunaux que l'aurait été celle d'en accorder ou d'en refuser l'exécution arbitrairement ou à volonté ; que cette autorisation, qui d'ailleurs porterait atteinte au droit de souveraineté du gouvernement français, a été si peu dans l'intention du législateur, que lorsqu'il a dû permettre l'exécution, par simple, *pareatis*, des jugements rendus par des arbitres revêtus du caractère de juges, il a eu soin de ne confier la faculté de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* qu'au président, et non pas au tribunal, parce qu'un tribunal ne peut prononcer qu'après délibération, et ne doit accorder, même par défaut, les demandes formées devant lui que si elles se trouvent justes et bien vérifiées.... »

L'argumentation de cet arrêt se réduit, comme on le voit, à dire que par cela seul que la loi charge un tribunal entier de déclarer exécutoires les jugements étrangers, elle veut un jugement rendu en connaissance de cause, et non pas une simple formalité, à l'accomplissement de laquelle suffirait l'office d'un seul juge ou du président.

Cet argument aurait de la force si, dans le système qui repousse la révision du fond du procès, l'office du tribunal devait se borner à une simple formalité. Mais il n'en est pas ainsi. Sans réviser, le tribunal est cependant appelé à juger ; et avant de déclarer le jugement étranger exécutoire, il a un

(1) S., 6, 1, 62.

examen à faire qui, bien qu'il ne porte pas sur le fond, n'en provoque pas moins l'exercice du pouvoir judiciaire.

En effet, le pouvoir des tribunaux français de déclarer les jugements étrangers exécutoires, implique le pouvoir corrélatif de refuser l'*exequatur* qui leur est demandé; et on comprend qu'il n'en peut être autrement. Les tribunaux français sont appelés à rendre exécutoires les jugements étrangers, c'est-à-dire les actes judiciaires qui ont tout à la fois le caractère et la forme d'un jugement. Ils doivent donc d'abord vérifier si l'acte qu'on leur présente est un jugement, en d'autres termes, si le jugement réunit toutes les conditions nécessaires pour le rendre valable et définitif dans le lieu où il a été rendu, car on ne comprendrait pas qu'un acte produisît en France des effets dont il serait dépourvu au lieu de sa confection. Si donc le jugement manque des formes indispensables et constitutives, s'il a été rendu par un juge incompétent, les tribunaux français ne peuvent le déclarer exécutoire. Il y a plus, un jugement étranger, conforme aux lois du pays où il a été rendu, peut être contraire à nos lois d'ordre public; et, dans ce cas encore, le devoir des tribunaux français est d'en refuser l'exécution (1), parce qu'on ne peut permettre à une autorité étrangère de porter le trouble dans l'État ou de faire ce qui ne serait pas permis à une autorité française. C'est pourquoi ils ne peuvent déclarer exécutoire un jugement étranger contraire à un jugement antérieur rendu en France, qui aurait acquis l'autorité de la chose jugée (2).

On voit donc que les tribunaux français, tout en s'abstenant de réviser le fond, restent encore chargés de l'accomplissement d'un office qui ne peut être assimilé à une simple formalité, puisque, s'ils ne sont pas appelés à juger de nouveau le procès, ils sont en quelque sorte appelés à juger le jugement (3).

(1) Cass., 14 juillet 1825; S., 7, 1, 154.

(2) Pardessus, n. 1477.

(3) On voit par ce qui précède, que c'est bien à tort que M. Marcadé, sur l'art. 15, C. civ., me prête l'idée de vouloir réduire les tribunaux français à un rôle purement passif et de n'exiger qu'un simple *visa* sans examen préalable. M. Pont, *Des hypothèques*, n. 586, me prête aussi la même erreur.

Ainsi se trouvent écartées les principales objections que les partisans du système de la révision ont opposé au système contraire qui, tout en reconnaissant le droit des tribunaux français de vérifier la valeur extrinsèque du jugement qui leur est présenté, leur refuse le droit de soumettre le fond même de l'affaire à un nouvel examen, soit sous le rapport du fait, soit sous le rapport du droit, ce qui ferait considérer comme non avenue une décision judiciaire dont les lois nouvelles reconnaissent l'autorité, tout en subordonnant son exécution au mandement préalable des tribunaux français.

Ce dernier système, que je crois devoir préférer, a l'avantage de se trouver en conformité avec la législation d'une grande partie des États de l'Europe, qui accueillent sans révision les jugements étrangers, mais à la charge de réciprocité; ce qui, à raison de la jurisprudence et de l'usage contraire généralement suivis en France, place, en pays étranger, les jugements français dans la position peu favorable qu'on fait en France aux jugements étrangers (1).

802. Au surplus, quelques-uns des partisans de la révision ont eux-mêmes abandonné, en partie, leur système, en le restreignant au cas où le jugement étranger est rendu contre un Français, et en dispensant les juges d'examiner le fond, dans le cas où le jugement était rendu au profit d'un Français contre un étranger, ou entre étrangers (2), et encore au cas où le Français, qui a succombé en pays étranger, était défendeur. Mais cette distinction, qui trouvait une base dans l'ordonnance de 1629 (3), rendue sous l'empire de cette idée, qu'on ne devait la justice qu'aux nationaux, et nullement aux étrangers, ne pourrait être suivie, aujourd'hui que l'esprit

(1) Voy. Fœlix, *Droit intern.*, t. II, n. 328, 331 et suiv. — Une décision des ministres de la justice et des affaires étrangères du 10 mai 1822, porte que, dans les pays étrangers, les agents consulaires français sont chargés de faire exécuter les arrêts et jugements rendus en France. Ces actes doivent être revêtus de la légalisation du ministre des affaires étrangères, pour garantir les agents consulaires des surprises auxquelles les expose leur éloignement.

(2) V. Angers, 23 avril 1869, D., 69, 2, 218.

(3) Voy. Boullenois, t. I, p. 646.

et la lettre des lois nouvelles, ne considérant que l'extranéité du pouvoir dont les jugements étrangers sont l'ouvrage, et nullement les qualités accidentelles des parties qui y ont figuré, embrassent à la fois les jugements rendus entre étrangers, ceux qui sont rendus entre Français et étrangers, et enfin ceux qui sont rendus au profit des Français, aussi bien que ceux qui sont rendus contre eux (1). Si l'on admet la révision dans un cas, on doit nécessairement l'admettre dans l'autre (2).

803-804. Les règles qui s'opposent à ce que les jugements étrangers soient susceptibles d'exécution en France avant d'y avoir été déclarés exécutoires par les juges compétents, peuvent être modifiées par les traités diplomatiques. C'est ce qui a eu lieu, notamment par plusieurs traités conclus avec la Suisse, dont le dernier est en date du 19 octobre 1869, et avec la Sardaigne et l'Italie, le 24 mars 1760, et le 1er septembre 1860.

805. Au surplus, tous les jugements étrangers, en quelque matière qu'ils soient rendus, doivent être déclarés exécutoires, conformément aux articles 2123 et 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure. Il en est, à cet égard, des jugements rendus en matière commerciale comme des jugements rendus en matière civile (3). Emérigon (4) cite, à ce sujet, plusieurs jugements étrangers rendus en matière d'assurance, auxquels, sous l'empire de l'ordonnance de 1629, on refusait toute autorité en France, jusqu'à ce que l'affaire eût été de nouveau débattue. Aujourd'hui, ces jugements n'au-

(1) Voy. Cass., 19 avril 1819, S., 6, 1, 62; Paris, 6 mai 1859, S., 59, 2, 480; M. Troplong, *Hyp.*, n. 451; M. Merlin, *Quest.*, vº *Jugement*, § 14; et une consultation de MM. Grappe, Darrieux, Tripier et Billecocq, qui y est rapportée.

(2) Douai, 22 déc. 1863, et Paris 22 avril 1864, S., 65. 2. 60; Paris 22 fév. 1869, D., 70, 2, 186.—On a même été jusqu'à prétendre que les tribunaux français sont incompétents pour déclarer exécutoires en France les jugements rendus en pays étranger, entre étrangers. Paris, 16 juin 1861, S., 61, 2, 455. Mais cette opinion excessive n'a pas été admise par la Cour de cassation. V. Cass. 10 mars 1863, S., 63, 1, 293.

(3) Cass., 18 pluv. an XII; Merlin, *Questions*, vº *Jugement*, § 13, n. 1; Chauveau, sur Carré, n. 1899.

(4) *Des assurances*, ch. XII, sect. XX.

raient ni plus ni moins d'autorité que les jugements rendus en matière civile; c'est-à-dire qu'ils feraient preuve des faits qui y seraient constatés et qu'ils auraient l'autorité de la chose jugée ; mais ils ne pourraient être exécutés qu'après avoir été déclarés exécutoires.

806. Mais à qui appartient-il de rendre exécutoires les jugements étrangers en matière commerciale? Est-ce aux tribunaux civils? est-ce aux tribunaux de commerce? Ceux qui accordent aux tribunaux français le droit de révision des jugements étrangers, doivent naturellement attribuer cette révision aux tribunaux de commerce, quand il s'agit d'un jugement rendu en matière commerciale, puisque pour réviser il faut juger de nouveau un procès dont la matière appartient à la compétence commerciale (1). Dans le système contraire, que nous avons adopté, et qui n'accorde aux tribunaux français qu'un droit d'examen sur la valeur extrinsèque du jugement étranger, à l'effet de reconnaître s'il est conforme à notre droit public, il est manifeste que, bien que la matière soit commerciale au fond, les questions à résoudre ne sont plus commerciales, qu'il s'agit uniquement d'exécution, et que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître même de ce qui concerne l'exécution de leurs propres sentences (2).

807. Il est à remarquer, du reste, que la demande tendant à faire rendre exécutoire un jugement étranger doit être introduite suivant les formes générales des ajournements, puisque lors même qu'il n'y aurait pas lieu à la révision du fonds, les juges français sont tenus de vérifier si les règles du droit public français ont été observées, et qu'il y a lieu dès lors à une discussion contradictoire. La demande ne pourrait donc être introduite régulièrement par simple requête (3).

Toutefois, il en serait autrement s'il s'agissait d'une matière de nature à être jugée sur simple requête, par exemple d'une

(1) Chauveau, sur Carré, n. 1900 *bis;* Colmar, 13 janv. 1815, S., 5, 2, 6; et Montpellier, 8 mars 1822 (*Ibid.*, 7, 2, 39).

(2) Bordeaux, 25 fév. 1836 (*Journal des avoués*, t. XXXI, p. 542), et 22 janv. 1840, D., 40, 2, 167; Paris, 16 nov. 1855, S., 55, 2, 336; Metz, 11 nov. 1856, S., 57, 2, 7; Colmar, 10 fév. 1864, S., 64, 2, 122.

(3) Douai, 17 juin 1863, S., 63, 2, 255.

déclaration de faillite : le jugement qui a déclaré la faillite en pays étranger pourrait être rendu exécutoire en France dans la même forme que si la faillite devait y être déclarée (1).

808. Par la même raison, les jugements qui ont pour objet de rendre exécutoires en France les jugements étrangers doivent être rendus en audience publique, la matière étant contentieuse (2). Toutefois, si la décision qu'il s'agit de rendre exécutoire appartenait à la juridiction gracieuse, si elle statuait sur une demande qui de sa nature appartient à la chambre du conseil, cette chambre serait compétente pour connaître de la question d'exécution (3).

809. Il reste maintenant, pour approfondir davantage la matière dans ses rapports avec le droit commercial, à déterminer les effets des jugements étrangers rendus sur certaines contestations commerciales d'une nature toute particulière, notamment en cas de faillite.

Occupons-nous d'abord des jugements déclaratifs de faillite.

Doit-on considérer la déclaration de faillite, émanant d'un tribunal étranger, comme un fait dont on puisse se prévaloir en France, bien que le jugement déclaratif de faillite n'y ait pas été rendu exécutoire, ou comme une condamnation qui ne peut y être exécutée sans le mandement des tribunaux français (4)?

La question est complexe. Il faut distinguer entre le cas où le jugement déclaratif de la faillite a été rendu avec le consentement du failli, et celui où il a été rendu malgré l'opposition du failli; et encore entre le cas où le jugement est opposé aux débiteurs du failli, et celui où il est opposé à ses créanciers.

Si le jugement déclaratif de faillite a été rendu avec le consentement du failli, nul doute qu'on ne puisse l'opposer en France, sans *pareatis* des juges locaux, aux débiteurs de la faillite, pour les contraindre à payer entre les mains des syn-

(1) Colmar, 10 fév. 1864, S., 64, 2, 122.
(2) Cass., 30 janvier 1867, D., 67, 1, 80.
(3) M. Bertin, *Chambre du Conseil*, t. II, 4, 1381.
(4) Voy. *sup.*, n. 799.

dics. Le jugement équivaut alors à une procuration donnée aux syndics par le failli, dans l'intérêt de ses créanciers, et cette procuration, sous forme de jugement, et conséquemment authentique, doit partout obtenir effet vis-à-vis de ceux aux droits desquels elle ne porte pas atteinte, et par suite, vis-à-vis des débiteurs du failli, qui ne peuvent refuser de se libérer valablement entre les mains de ceux auxquels le failli a donné qualité pour recevoir (1). C'est en ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour d'Aix, du 8 juillet 1840, qui admet le le syndic ou curateur d'une faillite déclarée dans le duché de Modène, à exercer des poursuites contre un débiteur français de la faillite, bien que le jugement déclaratif n'ait pas été rendu exécutoire (2).

Je pense même après un plus mûr examen qu'il en serait ainsi encore bien que la déclaration de faillite ait été rendue par un tribunal étranger, malgré l'opposition du failli ou de ses représentants, parce qu'elle constitue, même dans ce cas, moins une condamnation proprement dite, qu'un mandat donné par le juge étranger aux syndics, mandat que les syndics peuvent mettre à exécution en France, soit en contraignant les débiteurs du failli à payer entre leurs mains, soit en agissant en son nom (3).

Mais dans tous les cas, peu importerait le consentement ou l'opposition du failli au jugement qui déclarerait sa faillite, si ce jugement était opposé en France à ses créanciers français qu'on voudrait, relativement aux biens du failli situés en France, ou relativement aux actes qu'ils auraient faits en France avec le failli, faire passer sous le niveau commun. On ne pourrait leur opposer le fait de la déclaration de faillite, soit pour leur contester les droits particuliers qu'ils préten-

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Faillite*, sect. II, § 3, art. 10. Voy. aussi les arrêts de Bruxelles, y rapportés. — La loi de procédure de l'électorat de Hesse (Ord. du 25 avril 1826) défend d'admettre les jugements étrangers disposant, en matière de faillite ou de déconfiture, des biens d'un sujet hessois situés dans l'électorat. Voy. Fœlix, t. II, n. 339.

(2) S., 41, 2, 363. V. aussi Paris 22 janvier 1872. Gaz. du 19 mai.

(3) Voy. M. Demangeat, sur Fœlix, t. II, p. 201, note *a*, et sur Bravard, t. V, p. 13, et Bordeaux. 22 déc. 1847, S., 48, 2.228.

draient avoir sur ces biens, soit pour faire annuler les actes qu'ils auraient faits avec le failli (1). Il y a plus, comme la faillite, en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, en attribuant à la masse des créanciers les droits individuels de chaque créancier, constitue un statut réel qui ne peut affecter que les biens situés dans le territoire du juge qui a déclaré la faillite (2), il faut en conclure qu'il ne suffirait pas de déclarer exécutoire, en France, le jugement étranger pour soumettre les biens situés en France, et les actes faits et consommés en France, au régime de la faillite. Le jugement, bien que déclaré exécutoire, ne pourrait être exécuté au préjudice des droits des tiers, contre lesquels il n'aurait pas l'autorité de la chose jugée, parce qu'ils n'y étaient pas parties, et que son effet, quant à la disponibilité des biens du failli, ne peut, en tant qu'il affecte le statut réel, outre-passer les limites du territoire du juge qui l'a rendu. Il faudrait, de plus, que la faillite, déjà déclarée en pays étranger, fût déclarée en France, et pour cela que le failli y eût un établissement de commerce, une résidence, ou du moins qu'il eût fait des actes qui le rendissent justiciable des tribunaux français (3).

Ces principes ont été consacrés, en partie du moins, par un arrêt de la Cour de cassation, du 29 août 1829 (4), qui juge qu'un débiteur du failli ne pourrait opposer à un tiers, cessionnaire de ce dernier, la déclaration de faillite intervenue en pays étranger, et qui n'aurait pas été sanctionnée par un juge français.

Et c'est dans un sens analogue que la Cour de Colmar a jugé, le 11 mars 1820, que l'étranger qui a été déclaré failli dans son pays, n'est pas réputé failli en France, de telle sorte qu'il peut être assigné personnellement devant un tribunal de France par son créancier français, sans que les syndics de la faillite, dans son pays, puissent opposer son incapacité (5).

La Cour de Paris a même jugé, et avec raison, que le juge-

(1) V. Colmar, 10 fév. 1864, S., 64, 2, 122.
(2) Voy. *sup.*, n. 557.
(3) Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 13.
(4) S., 36, 1, 428, à la note.
(5) S., 6, 2, 124.

ment étranger qui déclare un Français en état de faillite ne peut être exécuté contre lui en France sans avoir été préalablement rendu exécutoire par les tribunaux français (1).

Il est bien évident, du reste, que si les parties étaient d'accord en France, et sur le fait de la faillite, et sur ses conséquences, et n'étaient en dissentiment que sur la date de l'ouverture de la faillite, le jugement étranger qui l'aurait déclarée n'aurait pas besoin, pour faire preuve de cette date, d'être déclaré exécutoire. C'est ce qui a été jugé avec raison par la cour de Colmar, le 10 février 1824 (2), et par la Cour de cassation le 30 novembre 1868 (3).

810. Au surplus, il faut avoir bien soin de remarquer que si un commerçant avait deux maisons de commerce, l'une en pays étranger, l'autre en France, la faillite prononcée en pays étranger ne pourrait jamais avoir pour effet de réagir sur la maison de France, même à l'égard des représentants du failli en France, qui ne seraient pas tenus de reconnaître les syndics nommés en pays étranger, quoique le jugement étranger eût été rendu sans l'opposition du failli, ou que, rendu malgré son opposition, il eût été déclaré exécutoire en France. Il faudrait une déclaration de faillite spéciale à la maison française.

Les principes, à cet égard, ont été très-nettement posés par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 6 juin 1816, rapporté par M. Merlin (4), et dont il n'est pas sans intérêt de rappeler l'espèce.

John et Georges Outhwaites, frères, avaient deux maisons de commerce, l'une à Londres, l'autre à Anvers, la première sous le nom d'Outhwaites et Schipp, la seconde sous le nom d'Outhwaites et compagnie. Celle-ci était régie par Georges Fergusson.

La maison de Londres ayant été déclarée en faillite, Savage et Deacon sont nommés syndics ou gérants de la masse, chargés d'administrer et de recouvrer l'actif de la faillite ; et

(1) 28 janvier 1873, Gazette du 5 février.
(2) S., 7, 2, 317.
(3) D., 69, 1, 194.
(4) *Répert.*, v° *Faillite*, sect. II, § 2, art. 10.

aussitôt ils demandent à Fergusson de leur rendre compte de l'état des affaires de la maison d'Anvers. Mais Fergusson conteste leur qualité, soit parce que le jugement déclaratif, rendu à Londres, n'est pas exécutoire à Anvers, soit parce que l'établissement de Londres est distinct de celui d'Anvers, de telle sorte que la faillite du premier n'entraîne pas la faillite du second, qui ne peut se trouver soumis au même régime que par une déclaration particulière.

Ce système, repoussé en première instance par le tribunal de commerce d'Anvers, fut accueilli en appel par la Cour supérieure de Bruxelles : « Attendu, bien que la maison de commerce de John et Georges Outhwaites, établie à Londres sous la raison d'Outhwaites et Schipp, soit déclarée être en état de faillite, il ne s'ensuit nullement que leur autre maison de commerce, établie à Anvers sous la raison de commerce d'Outhwaites et compagnie, soit aussi en état de faillite ; et qu'en tout cas il n'appartiendrait à aucun autre juge que le tribunal de commerce d'Anvers, de connaître de l'état de cette maison, comme étant immédiatement et exclusivement soumise, sous ce rapport, à sa juridiction, d'en déclarer et fixer la faillite, le cas échéant ; d'y établir des syndics ; d'y statuer et pourvoir de la manière prescrite par le Code de commerce.... »

811. Ce qui vient d'être dit des jugements déclaratifs de faillite, conduit à parler de l'effet des jugements homologatifs d'un concordat.

Nous avons déjà vu plus haut (1) qu'un concordat obtenu par un étranger, et homologué en pays étranger, ne peut être opposé en France aux créanciers français qui n'y ont pas adhéré, et que les tribunaux français ne peuvent utilement le rendre exécutoire. Il nous reste maintenant à déterminer l'effet du concordat obtenu en pays étranger par un Français ; et du concordat obtenu par un étranger ou par un Français, auquel auraient adhéré ses créanciers français.

Sur le premier point, je ne pense pas que le concordat obtenu par un Français en pays étranger, et que le jugement

(1) *Sup.*, n. 613.

d'homologation, rendu par les juges de ce pays, puissent, plus que le concordat obtenu par un étranger, être opposé aux créanciers qui n'y ont pas adhéré. Les raisons que nous avons développées plus haut pour refuser tout effet obligatoire aux jugements d'homologation obtenus en pays étranger, par un failli étranger, s'appliquent également au failli français. Le défaut d'efficacité de ces jugements ne tient pas à la nationalité de celui qui les obtient, mais à la compétence et à la juridiction du magistrat de qui ils émanent. M. Lainné, que j'ai déjà eu l'occasion de citer et de combattre, suppose que le concordat fait en pays étranger par un Français qui y est tombé en faillite, n'y a pas été homologué, et que le failli s'adresse directement aux tribunaux français pour obtenir cette homologation, et il se demande si elle pourra être accordée (1). Contrairement à l'opinion qu'émet cet auteur, je ne le pense pas. L'homologation d'un concordat est un acte judiciaire de la compétence du juge de la faillite, qui en a suivi et surveillé les opérations, et auquel seul il appartient de la clore en connaissance de cause (2). Le juge français ne peut avoir aucune compétence semblable sur les faillites déclarées en pays étranger : de même qu'il ne peut rendre exécutoire le jugement étranger d'homologation d'un concordat, de même il ne peut homologuer un concordat étranger. Tout se tient. Sans doute il pourra arriver de là, ainsi que le dit M. Lainné, qu'un Français, failli en pays étranger, éprouvera des difficultés pour arriver à un concordat avec ses créanciers français. Mais cette considération, qui lui semble déterminante, ne peut changer la nature des choses, et faire qu'une faillite étrangère doive être régie par la foi française et puisse être opposée aux créanciers français qui se tiennent à l'écart. Le Français, failli en pays étranger, qui veut arriver à un concordat en France, doit nécessairement provoquer sa déclaration de faillite en France. Il n'en serait autrement que si les créanciers français avaient adhéré au concordat fait en pays étranger, ce qui nous amène

(1) *Comment.* de la loi du 8 juin 1838, p. 255.
(2) Voy. M. Renouard, *Traité des faillites*, t. II, p. 114.

à examiner la seconde question ci-dessus posée, à savoir si le jugement d'homologation d'un concordat, obtenu en pays étranger, et auquel ont adhéré les créanciers français, ne peut leur être opposé en France qu'après y avoir été rendu exécutoire par les tribunaux français.

Il me paraît hors de doute que ce jugement n'a pas besoin d'être rendu exécutoire en France. Le concordat est un traité volontaire entre le failli et ses créanciers, et qui par lui-même est obligatoire pour tous ceux qui y ont pris part. Le jugement qui l'homologue n'a d'autre effet que de rendre ce traité obligatoire pour ceux-là même qui n'y ont pas consenti. Mais comme ici il ne s'agit que de ses effets vis-à-vis des consentants, à l'égard desquels le jugement homologatif n'ajoute rien au concordat, d'après les principes dont nous avons déjà vu le développement (1) et dont nous venons de faire l'application, il en résulte que le concordat étranger peut être opposé aux créanciers français qui y ont pris part ou qui y ont adhéré, sans qu'il soit nécessaire de soumettre le jugement homologatif au *pareatis* des tribunaux français (2).

812. Ici se présente une question analogue. Dans certains pays étrangers, les tribunaux peuvent accorder aux commerçants un sursis pendant lequel leurs créanciers sont privés du droit d'exercer aucune poursuite (3). Ces sursis équivalent aux lettres de répit que, sous notre ancienne législation française, obtenaient les commerçants qui se trouvaient momentanément hors d'état de faire face à leurs engagements (4). De là, la question de savoir si le jugement de sursis rendu en pays étranger a effet en France avant d'y avoir été déclaré exécutoire. La négative a été jugée par la cour de Bordeaux le 5 février 1813 (5), dans une espèce où il s'agissait d'une saisie-arrêt faite en France au préjudice d'un débiteur étranger

(1) *Sup.*, n. 613.

(2) Voy. M. Renouard, *Traité des faillites*, t. II.

(3) Ces sursis sont autorisés par les législations allemandes, par celle de la Belgique, des Pays-Bas, etc. Voy. Fœlix, *Droit intern.*, p. 417, à la note; et *Revue étrangère*, t. I, p. 580, et t. VI, p. 308.

(4) Décl. du roi, du 23 déc. 1699.

(5) S., 4, 2, 252.

auquel le sénat de Dantzick avait accordé un sursis. La cour décida, par son arrêt, que ce sursis ne pouvait empêcher les créanciers français d'exercer leurs droits contre leur débiteur étranger. Cette solution est inattaquable. Il y a plus : c'est que le jugement étranger accordant le sursis ne pourrait même pas être déclaré exécutoire en France. Un pareil jugement n'a d'autorité qu'à l'égard des créanciers sur lesquels le juge qui le prononce a juridiction. Un juge étranger ne peut imposer aux créanciers qui ne sont pas ses justiciables l'obligation de supporter un sursis qui ne pourrait être accordé sous l'empire de la législation qui leur est propre. Tout ce qui a déjà été dit sur les effets du jugement homologatif du concordat peut s'appliquer au jugement qui accorde un sursis.

813. Enfin, pour terminer ce qui regarde les jugements relatifs à l'état de faillite ou de suspension de payements, il nous reste à déterminer l'effet des jugements qui prononcent en pays étranger la réhabilitation d'un failli. Cet effet varie suivant les cas.

S'il s'agit d'une faillite déclarée en pays étranger, le jugement de réhabilitation rendu plus tard par le tribunal qui avait déclaré la faillite, a effet en pays étranger, sans avoir besoin d'y être rendu exécutoire. La réhabilitation est un simple fait qui n'emporte ni condamnation ni exécution : le jugement vaut dès lors, par cela même qu'il existe.

Si, au contraire, la faillite avait été déclarée dans un pays, et que le jugement de réhabilitation eût été rendu dans un autre, ce jugement ne pourrait produire aucun effet dans le pays où la faillite aurait été déclarée : l'incompétence du juge réhabilitant empêcherait même que ce jugement pût être déclaré exécutoire (1).

814. Tout ce qui précède s'applique aux jugements proprement dits, c'est-à-dire aux actes qui émanent des autorités instituées par le pouvoir local pour rendre la justice. Il nous reste maintenant à faire l'application de ces règles à certains actes qui ont les effets d'un jugement sans en avoir tous les caractères. Telles sont les sentences arbitrales.

(1) M. Pardessus, n. 1483.

Avant la loi du 17 juillet 1856 abrogative de l'arbitrage forcé, les sentences arbitrales étaient de deux sortes : celles qui émanaient d'arbitres volontaires, c'est-à-dire d'arbitres auxquels les parties avaient volontairement et librement confié la décision d'un litige qu'aucune loi ne leur défendait de porter devant les tribunaux ; et celles qui émanaient d'arbitres forcés, c'est-à-dire d'arbitres juges nécessaires de certains litiges soustraits par la loi à la compétence des juges ordinaires.

815. Quand il s'agit d'un arbitrage volontaire, le jugement arbitral n'est autre chose qu'une convention faite par les arbitres au nom des parties qui leur en ont donné le pouvoir. Les arbitres sont ici des mandataires et non pas des juges. Il est évident dès lors que quelque système qu'on adopte sur les devoirs des autorités françaises appelées à rendre exécutoires les actes des tribunaux étrangers, et alors même qu'on leur accorderait le droit de les réviser, elles ne sauraient avoir le même pouvoir à l'égard des sentences arbitrales, qui, n'étant que l'expression de la volonté des parties, ne sont pas susceptibles de révision comme les jugements proprement dits, puisque la volonté des parties doit être partout exécutée et n'est pas limitée dans ses effets par les frontières qui limitent le territoire et l'autorité territoriale. Aussi les auteurs reconnaissent-ils généralement que le *pareatis* d'une sentence rendue par des arbitres volontaires doit être donné par les tribunaux français sans révision (1) ; et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens (2).

Il me semble qu'en certains cas du moins, il faut aller plus loin, et décider que ce n'est pas au tribunal entier, mais au président seul, qu'il appartient de rendre la sentence exécu-

(1) M. Merlin, v° *Jugement*, § 14, n. 3 ; M. Toullier, t. X, n. 87 ; M. Troplong, *Des hyp.*, n. 453 ; M. Rocco, p. 520. *Quando queste* (les jugements) *scaturiscono dalla sorgente del publico potere*, dit ce dernier auteur, *e perciò non si possoño distendere oltra il territorio sogetto ; quelle* (les sentences arbitrales) *per l'opposito originano dalla nuda e simplice volontà dè privati, la quale non è terminata da alcun territorio nelle cose che sono di diritto universale provenienti dalla ragione delle genti.*

(2) Voy. Paris, 16 déc. 1809, S., 3, 2, 161, et 7 janv. 1833, S., 33, 2, 145.

toire. On sait en effet que les sentences rendues en France par des arbitres volontaires doivent être rendues exécutoires par le président du tribunal civil dans le ressort duquel les arbitres ont jugé (1). Cette manière de procéder est suivie dans un grand nombre d'États de l'Europe, surtout dans ceux qui ont pris la législation française pour modèle ; chez d'autres, la sentence est rendue exécutoire par le tribunal entier qui l'homologue (2). Or, il peut arriver de deux choses l'une : ou la sentence étrangère est devenue exécutoire dans le lieu où elle a été rendue, avant d'être présentée aux autorités françaises pour être revêtue de la même formalité ; ou elle n'a été revêtue d'aucune formule exécutoire en pays étranger. Dans le premier cas, si la sentence a été rendue exécutoire en pays étranger par le président seul, il me paraît de toute évidence que c'est, en France, le président seul du tribunal dans le ressort duquel on veut la mettre à exécution qui doit la rendre exécutoire, car on ne comprendrait pas pourquoi un tribunal entier serait appelé à déclarer exécutoire l'ordonnance d'un juge unique, quand c'est le président seul qui en France est appelé à rendre la même ordonnance : c'est en effet moins la sentence que l'ordonnance même du juge étranger qu'il s'agit de rendre exécutoire. Si, au contraire, la sentence a été rendue exécutoire en pays étranger par un tribunal entier, c'est le tribunal entier qui doit en France lui rendre le même office en déclarant exécutoire le jugement d'homologation (3).

Dans le second cas, c'est-à-dire si la sentence n'a été revêtue d'aucune formule exécutoire en pays étranger, ni par un juge, ni par un tribunal, elle se présente devant les juges français dans les mêmes conditions qu'une sentence arbitrale rendue en France, et c'est alors au président du tribunal dans le ressort duquel les parties veulent la mettre à exécution, qu'on doit demander l'ordonnance d'*exequatur*.

816. Mais quand il s'agit d'une sentence arbitrale rendue

(1) C. proc., art. 1021.

(2) Voy. Fœlix, *Droit intern.*, t. II, n. 407 et suiv.

(3) Voy. cependant M. Demangeat, sur Fœlix, t. II, p. 159, note *a*.

par des arbitres forcés dans les pays qui admettent encore cette juridiction, et dans lesquels la loi reconnaît aux arbitres le caractère de juges, alors, comme leur décision est un véritable jugement, elle doit recevoir en France le traitement réservé aux jugements ordinaires émanés des tribunaux étrangers. De là, les partisans du système de la révision en concluent que la sentence doit être révisée (1); mais dans le système contraire, qui seul, selon nous, doit être suivi, il en résulte seulement que c'est le tribunal entier qui est appelé à rendre la sentence exécutoire, bien qu'en pays étranger elle ait été revêtue de l'ordonnance d'*exequatur* d'un juge unique, parce que l'examen que doit faire l'autorité française porte, non pas sur cette ordonnance, mais sur le jugement arbitral lui-même.

817. Remarquons au surplus que cette dernière règle peut être appliquée, bien qu'il ne s'agisse pas d'un arbitrage forcé proprement dit. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré comme sentence rendue sur un arbitrage non volontaire, le jugement arbitral rendu en pays étranger par un tiers arbitre nommé par un tribunal étranger, et autorisé par ce tribunal à statuer sur des points en litige à l'égard desquels les arbitres partagés avaient omis de déclarer leur discord, et décidé par suite, en persistant dans le système de la révision, que ce jugement ne pouvait être exécuté en France qu'après avoir été revisé par les juges français, parce que le tiers arbitre était réputé avoir agi dans ce cas comme délégué de la puissance publique étrangère.

Et la cour de Paris a jugé de même que, lorsque dans une instance pendante entre un Français et un étranger devant un tribunal étranger, ce tribunal a ordonné un arbitrage qui n'a pas été accepté par le Français personnellement, mais seulement par son représentant devant la justice étrangère, cet arbitrage ne peut être considéré comme volontaire; et que la sentence rendue par l'arbitre doit être assimilée à un jugement

(1) Chauveau, sur Carré, n. 1900, Cass., 18 juin 1840, S., 40, 1, 583; Paris, 22 juin 1843, *ibid.*, 43, 2, 348.

émané d'une juridiction étrangère, et soumise en France à la même révision que ces sortes de jugements (1).

Sauf la révision du fond prescrite par ces arrêts, on doit approuver la distinction qu'ils établissent relativement aux arbitrages, qui, n'étant pas forcés quant à la matière, le deviennent quant à la forme ou quant à la manière dont ils sont institués.

818. C'est seulement après avoir été rendus exécutoires que les jugements étrangers et les sentences arbitrales étrangères emportent hypothèque en France sur les biens de la partie condamnée. Telle est, pour les jugements, la disposition expresse de l'article 2123 du Code civil, qui, par analogie, doit être étendue aux sentences arbitrales (2).

819. Il en est ainsi des jugements étrangers rendus en matière de faillite. Les syndics ne peuvent prendre hypothèque en France au nom de la masse sur les biens du failli, conformément à l'article 490 du Code de commerce, qu'autant que le jugement qui déclare la faillite a été déclaré exécutoire en France.

820. Terminons par une remarque relative à certains jugements qui, tels que les jugements déclaratifs de faillite (3), ou ceux qui prononcent une séparation de biens (4), sont soumis à certaines formalités de publication ou d'affiche préalables à leur exécution. La règle générale est qu'un jugement, comme tout autre acte, est valable dès qu'il est revêtu des formalités voulues par la loi du lieu où il a été rendu. Lors donc que l'on n'invoque en France le jugement étranger que pour y trouver la constatation d'un fait, on ne peut se prévaloir contre ce jugement du défaut de publication dans le lieu où il a été rendu, qu'autant que la loi de ce lieu exige cette publication. Mais si on veut l'exécuter en France, comme il doit être préalablement déclaré exécutoire, je crois que le jugement du tribunal français qui le rend exécutoire et qui, consé-

(1) Arrêts précités des 16 juin 1840, et 22 juin 1843.
(2) M. Troplong, *Des hyp.*, n. 453.
(3) C. com., 442.
(4) C. proc., 872; C. comm., 66.

quemment, permet de l'opposer aux tiers, doit être accompagné des formalités de publication et d'affiche, sans lesquelles les tiers ne seraient pas présumés en avoir une connaissance suffisante (1).

Article 2. — Des actes.

SOMMAIRE. — 821. Autorité des actes étrangers. — 822. Traités diplomatiques. — 823. Effets de ces traités sur les actes qui intéressent des individus non sujets des États contractants. — 824. Les traités rendent authentiques et exécutoires en France, les actes authentiques et exécutoires en pays étranger. — 825... Mais non les actes non authentiques ni exécutoires dans le lieu où ils sont faits, bien que s'ils eussent été faits en France, leur forme leur eût attribué l'authenticité et la force exécutoire. — 826. Les actes étrangers ne donnent pas hypothèque en France. — 827. Effets quant à l'hypothèque légale des mariages contractés, et de la tutelle déférée en pays étranger. Distinctions. — 828. De l'étrangère qui épouse un Français en pays étranger. — 829. Réciprocité diplomatique. — 830. De la tutelle légale. — 831. Du mariage contracté en France entre étrangers. De la tutelle dative déférée en France sur un étranger.

821. Ce que nous venons de dire des jugements s'applique en grande partie aux actes. Les actes exécutoires en pays étranger ne sont pas exécutoires en France. Ils font foi sans doute des conventions qui s'y trouvent relatées (2). Mais celui des contractants qui veut contraindre l'autre à donner ou à faire ce qu'il a promis, ne peut que le traduire, s'il y a lieu, devant les tribunaux français, pour y obtenir un jugement de condamnation en vertu duquel il pourra employer les moyens d'exécution ou de contrainte que la loi met à sa disposition. Il ne suffirait pas de présenter l'acte au président du tribunal civil pour le faire revêtir de l'ordonnance d'*exequatur*. C'est ce qui résulte de l'article 2128 du Code civil, et de l'article 546 du Code de procédure (3).

822. Cette règle, qui puise sa source dans ce principe de droit des gens, que la force exécutoire imprimée à un acte par les autorités d'un pays s'évanouit quand il s'agit de mettre l'acte à exécution dans un pays qui n'est plus soumis aux mêmes autorités, ne reçoit exception que dans le cas où un traité

(1) Voy. *inf.*, n. 840.
(2) Voy. *sup.*, n. 765.
(3) Voy. cependant M. Debelleyme, *Référés*, t. I, p. 541, 3e édit.

diplomatique ouvre l'accès du territoire à l'exécution des actes étrangers, et leur reconnaît la même force qu'aux actes émanés des autorités françaises. Dans ce cas, il suffit de présenter l'acte authentique et exécutoire en pays étranger, au président du tribunal, qui le rend exécutoire en France par son ordonnance.

823. Il faut d'ailleurs remarquer, sur ce point, que les traités diplomatiques conclus entre deux pays sur la force respective des contrats passés dans l'un ou dans l'autre, ne sont en général applicables qu'aux contrats passés entre des sujets de l'un ou l'autre État, et non à ceux qui sont passés par des individus étrangers à l'un et à l'autre. C'est en ce sens qu'il a été jugé le 10 mai 1831, par la Cour de cassation (1), que si un contrat public passé en Suisse par un notaire suisse, entre un Suisse et un Français, peut conférer hypothèque en France sur les biens du Français au profit du Suisse, il ne saurait en être de même lorsque le contrat a été passé au profit d'un Milanais; aucun traité conclu entre la France et les souverains du duché de Milan, n'étendant à ce pays ou à ses habitants le privilége accordé par les traités à la Suisse et aux sujets suisses.

824. Sauf cette exception, pourvu que l'acte étranger soit authentique et exécutoire dans le pays où il a été fait, le traité le rend susceptible d'exécution en France, alors même qu'il serait dans une forme autre que celle dont la loi française revêt les actes auxquels elle accorde l'exécution parée. Les anciens auteurs résolvent, il est vrai, en sens contraire, une question analogue, celle de savoir si un acte fait dans un lieu sous l'empire d'une coutume qui donnait à cet acte exécution parée, *sine strepitu judiciali*, cessait de pouvoir prétendre à cette exécution, dans un lieu dont la coutume n'accordait pas au titre la force exécutoire. Dumoulin, et après lui beaucoup d'auteurs, se prononcent pour l'affirmative, par ce motif que nous avons déjà développé (2), qu'il faut suivre, relativement aux formalités d'exécution des contrats, la loi sous l'empire

(1) S., 31, 1, 195.
(2) Voy. *sup.*, n. 765

de laquelle se fait l'exécution. « *An instrumentum habeat executionem, et quomodo debeat exequi, attenditur locus ubi agitur vel fit executio. Ratio quia virtus executoria et modus exequendi concernit processum* (1). » Mais ces auteurs raisonnent dans l'hypothèse d'une exécution à laquelle on prétendrait par la force de l'acte, tandis qu'ici l'exécution a lieu par la force du traité qui fait produire en France à l'acte étranger tous les effets exécutoires qu'il produirait dans le pays où il a été fait.

825. Mais un acte qui, dans le pays où il est fait, n'aurait pas l'exécution parée, pourrait-il en France obtenir cette exécution, s'il était du nombre des actes qui, faits en France, jouissent de ce privilége? Dans une grande partie de l'Allemagne, dans les États romains, les actes notariés n'emportent exécution parée qu'en vertu d'un jugement (2); en France, au contraire, ces mêmes actes emportent par eux-mêmes exécution parée. Un acte notarié passé en Allemagne sous l'empire d'une législation qui refuse l'exécution parée aux actes des notaires, pourra-t-il prétendre à cette exécution en France? Évidemment non. S'il n'y a pas de traité entre les deux nations, il est manifeste que l'acte étranger ne pourra pas obtenir en France une exécution à laquelle il n'aurait pas droit, dans le pays d'où il vient. S'il y a un traité, il en est de même; car le traité, en autorisant l'exécution dans un pays des actes faits dans l'autre, entend nécessairement parler des actes exécutoires dans le pays où ils ont été faits, puisqu'il serait contradictoire d'accorder plus d'autorité en France aux contrats étrangers que ces contrats n'en obtiendraient dans le pays même où ils ont reçu, avec l'existence, la forme qui en détermine les effets.

Il est vrai encore que, sur cette question, comme sur celle qui précède, d'anciens auteurs semblent d'un avis contraire, en décidant qu'un acte étranger qui, dans le lieu de son origine, n'aurait pas l'exécution parée, peut y prétendre dans un autre

(1) Dumoulin, au Code *De summâ trinit.*, lib. VI, tit. XXXII; Burgundus, *Tract.* 5; Éverard, *Consil.* 78; Christinæus, *Décis.* 283; J. à Sande, *Decis. fris.*, lib. II, tit. XI, défin. 5.

(2) Voy. Fœlix, *Droit intern.*, t. II, n. 474.

lieu, où cette voie est en usage. Roccus, notamment, qui écrivait sous l'empire des anciennes lois napolitaines, cite pour exemple les lettres de change et les contrats d'assurance, qui, malgré leur origine étrangère, pouvaient prétendre à Naples à l'exécution parée que les lois de ce royaume attribuaient à ces différents contrats (1). Mais ici, comme sur la question qui précède, il faut remarquer que, dans l'état actuel des choses, l'exécution n'ayant lieu d'un pays dans l'autre qu'en vertu des traités, sans lesquels les dispositions prohibitives des lois en vigueur refuseraient toute exécution aux actes étrangers, il ne peut y avoir lieu à l'application des principes généraux qui, abstraction faite de toute législation contraire, subordonnent la force exécutoire des actes à la loi du lieu où ils sont mis à exécution plutôt qu'à la loi du lieu où ils sont faits.

826. De ce que les actes étrangers ne sont en France susceptibles d'aucune exécution, il résulte qu'ils ne peuvent donner hypothèque sur les biens situés en France. Telle est sur ce point la disposition expresse de l'article 2128 du Code civil.

827. Certains actes produisent par eux-mêmes en France une hypothèque légale au profit de certaines personnes. Tel est le mariage, qui donne une hypothèque légale à la femme sur les biens du mari, et la tutelle qui donne au mineur une hypothèque légale sur les biens de son tuteur (2). De là, la question de savoir si cette hypothèque existe, en vertu d'une tutelle déférée ou d'un mariage contracté en pays étranger, sur les biens du tuteur ou du mari situés en France.

Je ne le crois pas, alors du moins que les parties sont étrangères. Un acte étranger, tel qu'un acte de tutelle ou un mariage, ne peut pas plus donner une hypothèque légale en France, qu'il ne pourrait donner une hypothèque conventionnelle (3). Pour soutenir l'opinion contraire, des auteurs se

(1) *De litteris Cambii*, note 52, n. 143 et 144 : *De assecurat.*, note 100, n. 392 et suiv., 398 et 399.

(2) C. civ., 2121 et 2135.

(3) Grenier, *Hyp.*, t. I, n. 247 ; Dalloz, v° *Hyp.*, n. 15 ; Duranton, t. XIX, n. 292 et 307 ; Zachariæ, Éd. Massé et Vergé, t. I, p. 61 ; Amiens, 18 août 1834, S., 35, 2, 481 ; Rennes, 18 août 1845, S., 45, 2, 106. Douai, 24 juin

fondent sur ce que l'hypothèque légale proviendrait non pas précisément de l'acte ou de tutelle ou de mariage, mais du fait seul de la tutelle ou du mariage, fait que la loi française reconnait et qui doit dès lors produire en France tous les effets que la loi française attache au marige et à la tutelle sur les biens du mari ou du tuteur situés en France (1). J'admets que sous certains rapports on puisse distinguer entre l'acte lui-même et le fait qu'il constate. Ainsi, que la tutelle déférée, ou le mariage contracté en pays étranger, produisent en France tous leurs effets naturels, on le comprend (2); qu'ils produisent même tous les effets qui tiennent au statut personnel, en ce qui touche l'autorité du mari ou du tuteur, on le comprend encore. Mais qu'ils y produisent des effets civils relatifs au statut réel, c'est ce qu'il ne me paraît pas possible d'admettre, parce qu'il est de principe élémentaire que les biens situés dans un pays ne peuvent être affectés par les actes passés dans un autre que de la manière déterminée par la loi de leur situation; et que, en ce qui touche l'hypothèque, la loi française ne permet pas qu'elle puisse résulter d'un acte étranger. Le fait du mariage ou de la tutelle suppose un acte préalable, et si cet acte ne peut, quant à l'hypothèque, avoir aucun effet en France, on ne voit pas pourquoi le fait constaté par l'acte en produirait davantage. Il est vrai que l'hypothèque, considérée en elle-même, est du droit des gens (3); mais en ce qui touche la manière de l'acquérir, elle est incontestablement du droit civil, d'où il suit qu'elle ne peut résulter que des actes qui, d'après le droit civil, peuvent la conférer. C'est, dit-on, la loi française qui produit l'hypothèque légale sur les biens français du mari ou du tuteur, par cela seul qu'il y a tutelle ou mariage, sans avoir à s'occuper de l'acte qui établit la tutelle ou qui forme le mariage. Mais alors, qui ne voit que

1844, S., 44, 2, 339; Bordeaux, 14 juill. 1845, S., 46, 2, 394, Cass., 20 mai 1862, S., 62, 1, 673; 5 fév., 1872, S., 72, 1, 190.

(1) Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Remploi*, § 2, n. 9; et surtout M. Troplong, *Hyp.*, n. 429 et 513 *ter*. V. aussi M. Pont, *Hyp.*, n. 438, et M. Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 151, note 6.

(2) Voy. *Dissert.* de M. Gaudry, *Revue de législ.*, t. II, p. 302.

(3) Voy. *sup.*, n. 512.

s'il en était ainsi, et que si l'hypothèque légale avait lieu par la seule force de la loi française sur les biens du tuteur ou du mari situés en France, bien que la tutelle eût été déférée, ou le mariage contracté en pays étranger, il faudrait aller jusqu'à qu'à dire que cette hypothèque existe lors même qu'il s'agit d'une tutelle déférée ou d'un mariage contracté dans un pays dont la législation n'admet pas l'hypothèque légale sur les biens du tuteur ou du mari, ce qui serait, contrairement à tous les principes, faire reproduire à l'acte étranger de tutelle ou de mariage, des effets autres que ceux qui y sont attachés dans le lieu où il a été passé (1).

828. Il faut cependant faire quelques distinctions que j'ai déjà laissé pressentir. Ainsi, la femme étrangère ou française qui a épousé un Français en pays étranger, jouit néanmoins de l'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, mais seulement à partir de la transcription de l'acte de célébration du mariage sur les registres de l'état civil en France, conformément à l'article 171 du Code civil (2). Dans ce cas, la transcription fait acquérir à l'acte une sorte de francisation qui lui fait perdre sa qualité d'acte étranger, et l'appelle à produire tous les effets que la loi attache aux actes passés en France.

829. Il en serait également ainsi, s'il y avait une réciprocité diplomatique entre la France et le pays où le mariage aurait été célébré. C'est ce qui a été jugé avec raison par la cour d'appel de Paris le 19 août 1850, pour les mariages contractés en Suisse, conformément au traité du 30 mai 1827 (3), et par la cour de Cassation le 5 février 1872, pour les mariages contractés dans les États sardes conformément au traité du 24 mars 1760 (4).

830. Et quant à la tutelle, tout ce qui vient d'être dit ne

(1) Voy. *sup.*, n. 595 et suiv.

(2) Cass., 6 janv. 1824, S., 7, 1, 162; Montpellier, 3 juin 1830, S., 31, 2, 151. — *Contrà* quant à la nécessité de la transcription; Cass., 23 nov. 1840, S., 40, 1, 929; Douai, S., 25 août 1851, 52, 2, 21; M. Troplong, *Hyp.*, n. 513 *bis*; M. Pont, *Hyp.*, n. 437.

(3) S., 53, 2, 117.

(4) S., 72, 1, 190.

s'applique qu'à la tutelle dative et non à la tutelle légale. S'il s'agit d'un mineur français, quels que soient le lieu de l'ouverture de la tutelle, le domicile ou la nationalité du tuteur légal, le mineur français, même domicilié en pays étranger, a hypothèque sur les biens de son tuteur légal situés en France; parce que c'est la loi française qui a déféré la tutelle, et que cette tutelle doit dès lors produire tous les effets qu'y attache la loi française.

Si, au contraire, le mineur était étranger, je serais porté à croire qu'il ne pourrait prétendre aucune hypothèque sur les biens de son tuteur légal situés en France, à moins que le tuteur ne fût domicilié en France, et que la tutelle ne se fût également ouverte en France, parce qu'alors c'est la loi française qui en déterminerait les effets.

831. De tout ce qui précède, il résulte que le mariage contracté en France entre étrangers, de même que la tutelle dative déférée en France sur un étranger, produisent hypothèque légale sur les biens du mari ou du tuteur, situés en France, puisque ces actes, passés sous l'empire des lois françaises, puisent dans ces lois la force suffisante pour affecter les biens qu'elles régissent.

§ II. — *De quelques formalités préalables à l'exécution des jugements et des actes étrangers.*

SOMMAIRE. — 832. En quoi consistent les formalités préalables à l'exécution. — 833. Timbre. — 834. Enregistrement. — 835. Droits de greffe. — 836. Enregistrement des jugements et des actes. — 837. Timbre des actes étrangers; des effets de commerce. — 838. Mise en grosse des actes publics. — 839. Transcription; inscription; publications; affiches. — 840. Publication et affiche des jugements d'homologation. Renvoi.

832. Nous venons de voir comment les jugements et les actes étrangers peuvent, en France, obtenir exécution parée et donner hypothèque. Il s'agissait là de la force des actes et de leur vertu intrinsèque. Ici, nous allons nous occuper de certaines formalités qui sont, ou un préalable de toute tentative d'exécution, ou le complément de l'acte. Ces formalités, que nous avons déjà indiquées plus haut (1), sous le nom

(1) Voy. *sup.*, n. 565 et 571.

de formalités d'exécution, consistent dans le timbre, l'enregistrement, la mise en grosse, la transcription et l'inscription.

Quelques mots suffiront pour donner les explications nécessaires.

833. On sait que les droits de timbre, établis au profit du trésor, se réalisent au moyen de l'obligation imposée aux parties de se servir, pour écrire leurs conventions, d'un papier revêtu d'un timbre particulier, qui leur est vendu par le gouvernement, ou de payer le droit de timbre, lorsqu'elles veulent faire usage de l'acte qu'elles ont écrit sur un papier ordinaire, ou d'y apposer des timbres mobiles dans les cas autorisés par les lois de la matière (1).

834. On sait aussi que l'enregistrement est la mention de l'acte sur un registre public, mention qui constitue à la fois une mesure fiscale et un moyen d'assurer à l'acte une date certaine à partir du jour de l'enregistrement.

835. Aux droits d'enregistrement, il faut joindre les droits de greffe, perçus sur les jugements, et qui sont en partie le salaire du greffier.

836. Tout acte ou jugement, fait ou rendu en France, et qui doit être exécuté en France, est, quelles que soient les parties, évidemment assujetti aux droits de timbre, d'enregistrement ou autres droits analogues.

Mais les jugements rendus en France, et les actes qui y sont passés, sont soumis à des droits d'enregistrement particuliers, lorsqu'ils ne doivent être exécutés qu'en pays étranger. Il en est de même des actes étrangers qui sont exécutés en France. On peut consulter, sur ces divers points, dans l'examen desquels je ne pourrais entrer sans sortir de mon sujet, l'excellent *Traité des droits d'enregistrement*, de MM. Championnière et Rigaud (2).

837. Quant au timbre, tout acte fait ou passé en pays

(1) V. Loi du 11 juin 1859 ; décret du 18 janvier 1860 ; loi du 2 juillet 1862 ; décret du 29 oct. 1862 ; loi du 13 mai 1863, décrets des 2 et 23 janvier 1864 ; lois des 8 juillet 1865, 25 juin et 24 juillet 1872.

(2) T. IV, n. 3784 et suiv.

étranger est soumis au timbre avant qu'il puisse en être fait aucun usage en France, soit dans un acte public, soit dans une déclaration quelconque, soit devant une autorité judiciaire ou administrative (1). Cette disposition peut recevoir une application fréquente, dans les polices d'assurances, faites en pays étranger, et qu'on veut ramener à exécution en France, et dans les connaissements ou lettres de voiture (2).

Les effets de commerce, venant de l'étranger, doivent être visés pour timbre ou revêtus d'un timbre mobile, non-seulement avant qu'il en soit fait usage en France, mais encore avant qu'ils puissent y être acceptés ou négociés, faute de quoi l'accepteur et le premier endosseur, résidant en France, sont tenus chacun d'une amende de six pour cent du montant de l'effet (3).

Les actions et obligations émises par les sociétés, compagnies ou entreprises étrangères sont soumises en France à des droits équivalents à ceux qui sont établis sur les valeurs françaises; et elles ne peuvent être cotées et négociées en France qu'en se soumettant à l'acquit de ces droits (4).

838. La *grosse*, ou expédition d'un acte public ou jugement, revêtue de la formule exécutoire, est délivrée en France à la partie qui veut en poursuivre l'exécution. Mais on comprend très-bien que les actes et les jugements étrangers ne pouvant, *de plano*, être mis à exécution en France, il n'y a pas à se préoccuper, à leur égard, de la nécessité de cette forme. Il suffit qu'ils soient représentés dans une forme probante selon la loi qui les régit, soit pour faire foi des faits qu'ils énoncent, soit pour pouvoir être rendus exécutoires, soit pour servir de titre à une demande en condamnation.

839. Enfin, il est certaines formalités de transcription, d'inscription, de publication qui, tenant les unes au statut réel, les autres au statut personnel, dépendent uniquement, dans le premier cas, de la loi de la situation des biens;

(1) Loi du 13 brum. an VII, art. 13.
(2) Voy. la loi du 6 prair. an VIII, art. 5.
(3) Loi du 24 mai 1834, art. 20; loi du 5 juin 1850, art. 3.
(4) Loi du 23 juin 1857, art. 9 et loi du 29 juin 1872, art 4.



dans le second, de la loi du domicile de la personne.

Ainsi, la transcription des actes de ventes, l'inscription des hypothèques, doivent être faites dans le lieu de la situation des biens vendus et hypothéqués, et dans la forme voulue par la loi de ce lieu.

Quant aux actes relatifs à une interdiction, à la nomination d'un conseil judiciaire, d'un curateur, ils doivent être affichés ou publiés dans le lieu du domicile de l'interdit ou du prodigue. Il en est de même de l'acte qui autorise un mineur à faire le commerce (1).

840. Néanmoins, dans le cas où l'intervention de la justice est nécessaire, soit pour ordonner, soit pour homologuer, le jugement rendu en pays étranger ne pouvant être exécuté en France, qu'après y avoir été rendu exécutoire, alors il devient nécessaire, comme nous l'avons expliqué plus haut, de remplir, à l'égard du jugement d'*exequatur* rendu en France, les formalités de publication et d'affiche voulues par les lois françaises (2).

§ III. *Des voies d'exécution.*

SOMMAIRE. — 841. Les voies d'exécution sont ordinairement communes aux Français et aux étrangers, activement et passivement. — 842. Les voies d'exécution ont lieu sur les biens, ou sur la personne du débiteur. Voies d'exécution sur les biens. Saisie sur un débiteur *forain*. — 843. Qu'entend-on par débiteur forain? — 844. Tout étranger non domicilié dans la commune où il est trouvé est *forain*. — 845. Le domicile de fait suffit. — 846. L'étranger autorisé à établir son domicile en France est *forain* dans une commune où ce domicile n'est pas établi. — 847. Les conséquences des voies d'exécution sur les biens sont les mêmes pour les étrangers que pour les Français. — 848-868. Voies d'exécution sur la personne. — 869. Conclusion.

841. Occupons-nous maintenant des voies d'exécution auxquelles sont plus particulièrement soumis les étrangers.

Nous remarquerons d'abord que les étrangers, soit que l'acte qu'il s'agit d'exécuter ait été fait ou passé en France, soit qu'il ait une origine étrangère, sont soumis aux mêmes voies d'exécution que les Français. C'est là une consé-

(1) C. comm., art. 2.
(2) Voy. *sup.*, n. 820.

quence du principe précédemment développé, que le mode d'exécution des actes dépend de la loi sous l'empire de laquelle a lieu cette exécution. Et réciproquement, les étrangers peuvent employer contre les Français, toutes les voies d'exécution qui pourraient être employées entre Français (1).

842. De ces voies d'exécution, les unes ont lieu sur les biens, les autres ont lieu sur la personne du débiteur. Toutes les voies d'exécution sur les biens, telles que les saisies, peuvent être formées par les étrangers ou contre eux (2). Mais il est une sorte de saisie à laquelle les étrangers sont plus particulièrement soumis. C'est celle qui est autorisée par l'article 822 du Code de procédure, aux termes duquel, tout créancier, même sans titre, peut, sans commandement préalable, mais avec permission du président du tribunal de première instance ou du juge de paix, faire saisir les effets trouvés en la commune qu'il habite, appartenant à son débiteur *forain*.

Cette voie d'exécution n'est pas d'invention nouvelle. « *Potest princeps*, dit Casaregis, *pro debito civili naves* (*forenses*) *arrestari et sequestrari facere ad instantiam creditorum* (3). » Néanmoins, sous l'ancienne législation, le droit de faire saisir les meubles des débiteurs forains n'était accordé qu'à titre de privilége, et à certaines villes dont les coutumes avaient sur ce point une disposition expresse (4). On appelait quelquefois ces villes *villes d'arrêt*. « Villes d'arrêt, dit Ferrières (5), pour ce qu'il est permis d'arrester les meubles des débiteurs forains qui demeuraient hors desdites villes. »

843. Par débiteur forain, on doit entendre, non pas seulement, comme on l'a cru quelquefois (6), ceux dont la vie ambulante laisse de l'incertitude sur le lieu de leur domicile presque toujours inconnu, tels que colporteurs, voituriers, marchands forains, allant sans cesse de marché en marché,

(1) Rote de Gênes, décis. 100, n. 1.
(2) Voy. *sup.*, n. 668.
(3) *Discurs.* 136, n. 8 et 9.
(4) *Cout. de Paris*, art. 173 ; *de Bruxelles*, art. 70.
(5) Sur la Coutume de Paris. Voy. Denizart, v° *Villes d'arrêt.*
(6) Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. XI, p. 143.

de foire en foire, *de foro in forum :* on doit entendre tous ceux qui n'ont pas de domicile dans la commune où ils sont trouvés, *forenses* c'est-à-dire ceux qui habitent hors de la commune, *foras :* ce qui comprend les Français eux-mêmes et à plus forte raison les étrangers (1).

844. Donc, tout étranger qui se trouve dans une commune où il n'est pas domicilié, commerçant ou non, quelles que soient les affaires qui l'y ont conduit, peut être saisi dans ses meubles, conformément à l'article 822 du Code de procédure.

845. Mais je ne crois pas qu'un étranger doive être nécessairement considéré comme débiteur forain dans la commune où il aurait une résidence fixe et longtemps prolongée, par cela seul qu'il n'aurait pas été autorisé à établir son domicile en France. Il cesse d'être forain quand il est habitant de la commune, c'est-à-dire quand il y a son domicile ou sa résidence de fait et d'intention ; et la saisie, dont il est ici question, ne peut être exercée contre lui, parce qu'il présente toutes les garanties, à l'absence desquelles cette saisie cherche à pourvoir. C'est ce qui a été jugé avec raison par un jugement de la première chambre du tribunal de la Seine du 19 mars 1852 (2) ; et c'est pas conséquent à tort, qu'il a été jugé, le 25 août 1842, par la cour de Paris (3), que la résidence prolongée d'un étranger dans un lieu, et l'établissement par mariage qu'il y a formé, n'équivalent pas pour lui à un domicile, et que ces circonstances ne suffisent pas pour l'affranchir de la saisie conservatoire de ses meubles, à laquelle est soumis tout débiteur forain.

846. Il est bien évident, d'ailleurs, que si le Français lui-même peut être considéré comme forain dans la commune où il n'a pas son domicile, il en est ainsi de l'étranger admis à établir son domicile en France, et qui se trouve dans une commune autre que celle où ce domicile a été établi.

847. Les conséquences des voies d'exécution sont les mê-

(1) Voy. Carré, n. 2807 *ter*, et Chauveau, sur Carré, *ibid.*

(2) Rapporté par M. Debelleyme, *Ordonn. sur req. et sur référés*, t. I, p. 254, 3e édit.

(3) S., 42, 2, 372.

mes pour les étrangers que pour les Français. Ainsi, lorsque les biens meubles ou immeubles d'un débiteur ont été saisis et vendus, le prix de vente est distribué entre les créanciers, dans la forme et de la manière prescrite par la loi française, sans distinction entre les créanciers français et les créanciers étrangers, dont les droits sont déterminés, non par leur nationalité, mais par les titres sur lesquels ils les appuient.

848-868. Quant aux voies d'exécution sur la personne, les étrangers, avant la loi du 22 juillet 1867 abolitive de la contrainte par corps, étaient exposés à une mesure préventive consistant dans une arrestation provisoire, qui pouvait être exercée contre eux par leur créancier français, avant toute condamnation judiciaire, et à la contrainte par corps, qui, en certains cas, plus ou moins exceptionnels, pouvait être employée contre les Français, en vertu d'un jugement, mais qui devenait presque de règle générale contre les étrangers, et la sanction ordinaire des jugements rendus contre eux. Ces voies d'exécution exceptionnelles ayant cessé d'être autorisées, je crois inutile d'entrer sur les conditions de leur exercice dans des explications qui n'auraient plus aucun intérêt.

869. Ici se terminent donc les détails dans lesquels j'ai cru devoir entrer sur les différentes matières dont l'ensemble constitue le droit international privé. On a pu voir de combien de difficultés est hérissée cette partie du droit. Je ne sais si je suis parvenu à les aplanir, et à éclairer les obscurités qui naissent de l'incertitude des principes et de l'incertitude des conséquences. J'ai du moins tenté de le faire; et peut-être aurai-je réussi à poser quelques règles et à déblayer le terrain sur lequel de plus habiles ou de plus heureux que moi pourront construire l'édifice auquel j'aurai fourni des matériaux.

CHAPITRE II

DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE.

SOMMAIRE. — 870. Sujet de ce chapitre. — 871. Lois relatives à la liberté du commerce. — 872. On peut, en matière commerciale comme en matière civile, faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi, et déroger par les conventions particulières aux lois qui n'intéressent ni l'ordre public ni les bonnes mœurs. — 872 *bis*. Exemples. — 873. Le principe de la liberté commerciale est nouveau. — 874. Division du chapitre.

870. Après avoir, dans le titre Ier de ce livre II (1), exposé les principes et les règles particulières aux relations internationales publiques et à liberté du commerce extérieur, je me suis occupé, dans le chapitre qui précède, des relations internationales individuelles et des lois civiles et commerciales qui les gouvernent. Je vais expliquer maintenant les lois du commerce intérieur en tant qu'elles ont pour objet d'en garantir ou d'en restreindre la liberté, ce qui complétera l'exposition des principes généraux qui président à l'organisation du commerce, soit entre les nations, soit entre les individus.

Les règles qui ont été exposées jusqu'ici sur la liberté du commerce extérieur, sur les relations internationales publiques ou privées, tout en dépendant quelquefois des lois privées ou intérieures de chaque peuple, découlent aussi et principalement, surtout en ce qui touche le commerce extérieur, des principes généraux du droit des gens qui dominent tous les rapports de peuple à peuple.

Celles que je vais exposer maintenant sur la liberté du commerce intérieur dépendent uniquement des lois privées et du droit civil, en employant cette dénomination dans son acception la plus générale.

871. Nous avons déjà vu (2) que les lois sont prohibitives, préceptives, permissives ou pénales : envisagées sous ces différents points de vue, et dans leurs rapports avec la liberté

(1) Voy. t. I, p. 77.
(2) Voy. t. I, n. 67.

du commerce, les lois ont donc pour objet, soit d'en assurer la liberté en le protégeant et en défendant ce qui pourrait lui faire obstacle ; soit de restreindre cette liberté par des prohibitions de diverse nature. Lois de liberté et lois de restriction : dans ces deux classes peuvent se ranger toutes les dispositions qui règlementent l'exercice de l'industrie commerciale.

872. Faisons remarquer à ce sujet, qu'en principe, le commerce étant libre (1), la liberté est le droit commun, et la restriction, l'exception ; de telle sorte que la règle de raison qui accorde à chacun le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par les lois, est vraie en matière commerciale aussi bien qu'en matière purement civile. Il y a plus : c'est que, en matière commerciale comme en matière civile, les conventions particulières peuvent déroger aux lois, pourvu que ces lois n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs (2). Les lois d'ordre public sont celles qui intéressent la société tout entière prise collectivement, à la différence de celles qui ne concernent que l'intérêt privé des individus. Les lois intéressent les bonnes mœurs, quand elles ont rapport à l'honnêteté publique : ce qui ce sent mieux qu'on ne le définit. Ajoutons que si, en général, l'ordre public repose sur les lois, on peut cependant considérer comme lui étant contraires, des faits qui ne seraient pas contraires à une loi expresse ou écrite, s'ils sont contraires à des principes fondamentaux ou de droit naturel. A plus forte raison en est-il de même en ce qui touche les bonnes mœurs et l'honnêteté publique : leur existence étant indépendante de l'établissement et de la volonté des lois arbitraires, un acte peut être contraire aux bonnes mœurs, bien qu'il ne soit contraire à aucune loi expresse.

Ces principes protégent la société contre tout commerce qui serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, en même temps qu'ils protégent le commerce contre les entraves que les individus mettraient à son exercice, parce que l'éta-

(1) Voy. t. I, n. 49 et 54.
(2) C. civ., art. 6.

blissement de commerce est lui-même d'ordre public et intéresse la société tout entière.

872 *bis*. Ainsi, la convention qui entraîne pour l'une des parties l'interdiction d'exercer son industrie d'une manière générale et absolue sans condition de temps, et de lieu est illicite comme contraire au principe de la liberté du commerce, de l'industrie et du travail, qui n'est elle-même qu'une fraction de la liberté de la personne (1).

Mais cette convention est licite quand elle est limitée à un certain temps ou à un certain lieu, comme condition d'un louage de travail ou d'industrie, ou de la cession du droit à un certain commerce, louage et cession qui, sans une interdiction de cette nature, seraient illusoires et sans objet (2).

873. La liberté du commerce, fondée sur la raison et le droit naturel, n'a pas toujours été reconnue par la loi civile. L'esclavage du commerce est ancien, sa liberté est nouvelle. Avant 1789, presque tous les genres de commerce ou d'industrie étaient entravés par des règlements qui n'en permettaient l'accès ou l'exercice que sous des conditions ordinairement fort onéreuses. Les artisans et les commerçants étaient divisés en corporations, maîtrises et jurandes, dont on ne pouvait faire partie qu'en se soumettant à des épreuves plus ou moins longues, et à des taxes plus ou moins lourdes. Les limites de chaque négoce et de chaque industrie, strictement déterminées, formaient pour chaque profession un monopole ou privilége exclusif : les procédés de fabrication étaient prescrits d'avance ; il était défendu de s'en écarter ; et au milieu de ces restrictions sans nombre qui étaient devenues l'état normal du commerce et de l'industrie, l'illusion sur la nature du droit qui doit appartenir à chacun d'exercer ses facultés de la manière qu'il juge la plus utile à lui-même et aux autres, avait été portée jusqu'à faire dire « que le droit de travailler était un droit *royal* que le prince

(1) Cass., 25 mai 1868, D., 69, 1, 277.

(2) Cass., 24 fév. 1862, S., 62, 1, 241 ; 5 juill. 1865, S., 65, 1, 343 ; 24 janv. 1866, S., 66, 1, 43 ; 3 mars 1868, D., 68, 1, 481 ; 18 mai 1868, D., 69, 1, 366.

pouvait vendre et que les sujets devaient acheter (1). »

Ce régime était nécessaire peut-être dans l'origine, lors de la renaissance du commerce et de l'industrie, comme moyen d'organisation de la société et des nouveaux éléments qui entraient dans sa formation (2) ; mais il ne pouvait constituer qu'un régime transitoire, et il avait fait son temps quand Turgot voulut, mais en vain, par l'édit de 1776, lui substituer un système de liberté dont l'heure n'était pas encore venue. Ce système ne fut définitivement établi qu'après la fameuse nuit du 4 août 1789, qui abolit tous les priviléges, et ensuite par l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791, qui pose en principe qu'il est libre à chacun de faire tel négoce, d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon, à la charge de se conformer aux lois (3).

874. Les lois auxquelles on doit se conformer dans l'exercice de l'industrie commerciale sont, d'une part, les lois qui protégent cette liberté, et, d'autre part, celles qui la restreignent : c'est-à-dire qu'il n'est pas plus permis de faire ce qui pourrait porter atteinte à la liberté des autres, qu'il n'est permis d'être plus libre que la loi ne l'a voulu.

Je m'occupe d'abord des lois qui restreignent la liberté du commerce.

SECTION I. — Des lois qui restreignent la liberté du commerce.

Sommaire. — 875. Sujet de la section I.

875. De ces lois restrictives, les unes sont relatives aux choses, les autres sont relatives aux personnes.

(1) Voy. le préambule de l'édit de 1776. — Voy. dans la *Rev. de lég.*, t. XVII, p. 265, un article de M. Wolowski, sur l' *ancienne organisation industrielle de la France ;* et dans le *Journal des économistes*, t. VI, p. 32, un article de M. Renouard sur les *anciens règlements et priviléges de fabrication.*

(2) M. Blanqui, *Hist. de l'Écon. pol.*, t. I, p. 258.

(3) Turgot n'est pas le premier qui ait tenté l'abolition des priviléges et des monopoles commerciaux. Longtemps avant, dès le début des troubles de la Fronde, l'art. 24 des *Délibérations arrêtées en l'assemblée des cours souveraines, tenues et commencées en la chambre Saint-Louis, les 30 juin, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 juillet* 1648, supprimait les monopoles et priviléges qui

§ I. *Des restrictions relatives aux choses.*

SOMMAIRE. — 876. Douanes. — 877. Contributions indirectes. — 878. Monopoles. Tabacs. Poudres et salpêtres. — 879. Banque de France. — 880. Propriété littéraire. — 881. Théâtres. — 882. Sociétés anonymes. — 883. Sociétés en commandite par actions et à responsabilité limitée. — 884. Établissements dangereux, insalubres et incommodes. Autorisation qui leur est nécessaire. — 885. Historique de leur législation. — 886. Division de ces établissements en trois classes. — 887. Nonobstant l'autorisation qu'elle lui a donnée, l'administration peut encore ordonner la suppression de l'établissement. — 887 *bis*. Pouvoir en cette matière de l'autorité municipale. — 888. Les tribunaux ont le droit de réprimer les infractions de ces établissements aux règlements qui leur sont imposés. — 889. Peuvent-ils condamner un établissement dûment autorisé à des dommages-intérêts, à raison du préjudice que causerait son exploitation? — 890..... Ordonner soit des mesures destinées à empêcher le retour du préjudice, soit la suppression de l'établissement? — 891. Des dommages-intérêts peuvent-ils être réclamés par celui qui est venu se placer dans le voisinage de l'établissement? — 892-894. Règles sur le travail des enfants dans les manufactures. — 895. Journée de l'ouvrier. — 896. Mines. — 897. Foires et marchés. — 898. Qui peut autoriser leur établissement? — 899. Attributions de l'autorité municipale en cette matière. — 900. Droit de plaçage. — 901. Commerce des blés. — 902. De la vente des blés en vert. — 903.... De la laine avant la tonte; des fruits pendants par racine. — 904. De la vente en détail, aux enchères ou à la criée, de marchandises neuves. — 905. Exceptions relatives à la vente des comestibles et de la menue mercerie. — 906. Danger de la prohibition des ventes aux enchères ou à la criée. — 907. Ce qu'on entend par marchandises neuves. — 908. De la vente aux enchères en gros. — 909. Taxes des denrées ou marchandises. — 910. Observation des fêtes et dimanches.

876. La plus notable des restrictions relatives aux choses consiste dans le régime des *douanes*, qui frappe de taxes ou de prohibitions certaines marchandises dont un système, raisonnable et nécessaire suivant les uns, absurde et nuisible suivant les autres, empêche ou entrave le commerce d'exportation ou d'importation (1).

877. A côté des douanes se placent les *contributions indirectes*, qui, dans un intérêt purement fiscal, grèvent de taxes et

nuisaient à la liberté du commerce. Mais cette tentative devait avoir et eut en effet encore moins de résultat que celle de Turgot.

(1) Voy. t. I, n. 91 et suiv.

soumettent à des conditions plus ou moins gênantes la fabrication, la circulation et la vente de certains produits.

878. Viennent ensuite les monopoles que le gouvernement se réserve, ou qu'il attribue à un ou plusieurs particuliers. Le monopole est l'exploitation par un seul, ou par un nombre restreint de privilégiés, d'un commerce ou d'une industrie qui, d'après le cours ordinaire des choses, devrait appartenir à tout le monde (1). On a beaucoup écrit sur le monopole dont l'existence est ce qu'il y a de plus contraire à la liberté du commerce. Aussi, ceux qui autrefois ont plaidé pour lui, y voyaient précisément cet avantage qu'il restreignait la liberté et avait ainsi pour effet de limiter étroitement le nombre des commerçants, et d'assurer à chacun d'eux de gros profits, que la libre concurrence tend à réduire. Ce qui arrive à nos champs, disait Heineccius, arrive au commerce : une semence trop épaisse s'étouffe et meurt dans les sillons ; trop de commerçants qui se font concurrence tuent le commerce, qui s'éteint parce qu'il ne procure plus un profit raisonnable (2). Ce qu'on disait autrefois, on le répète quelquefois encore aujourd'hui, sans songer qu'en cette matière, la liberté doit trouver son correctif dans l'intérêt; qu'en définitive les avantages de la concurrence surpassent ses inconvénients, et que ces inconvénients sont assurément moindres que ceux des régimes par lesquels on voudrait la remplacer.

(1) *Dicitur* monopolium, dit Scaccia, *de Comm.*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 10, n. 3, *quasi singularis ac penès unum venditio; sive et meliùs, dicitur monopolium quasi singularis negotiatio in civitate à voce græcâ*, μὸνος, *quæ significat* unum *et* πῶλα *quod est* venditor, *vel* πωλή, *quod est* venditio ; *seu dicitur à verbo græco* πωλέω, *id est* vendo, *quasi* monopolium *sit unica venditio*, *et* monopola *unicus venditor.* — Des docteurs ont donné le nom de *polypolium* à l'état de choses contraire, c'est-à-dire, à la liberté du commerce et à la concurrence ; et celui de *propolium* à l'*accaparement* ou à la *coalition* dont il sera question ci-après. Voy. Heineccius, *De jure principis circà commerc. libertat.*, § 9.

(2) *Deindè fieri non posset quin ipsa negotiantium multitudo mercaturam parùm lucrosam redderet ? Quod enim agris contingere animadvertimus, ut si pleniore quam par est manu sementem facias, arvum ipsâ segete manseat, tantoque minor fit proventus, quanto plus seminis sparseris : idem in mercaturâ fieri docet experientia, quippe quam ipsa sæpe commercantium multitudo evertit.* (Heineccius, *De jure princ. circà comm. lib.*, § 9.)

Dans notre système de liberté commerciale, le monopole ne doit donc plus être qu'une exception qui ne peut se justifier que par un grand intérêt gouvernemental ou public. De ces monopoles, les uns ont pour objet la fabrication ou la vente de certains produits que l'État s'est réservées dans un intérêt fiscal, comme celles du tabac, ou dans un intérêt de police et de sûreté, comme celles des poudres et salpêtres. Les autres ont pour objet certaines professions qui ne sont exercées que par un nombre fixe d'individus, lesquels doivent être préalablement commissionnés par le gouvernement : tels sont les agents de change et quelquefois les courtiers.

879. Il est un monopole fort remarquable : c'est celui qui résulte du privilége de la banque de France, d'émettre des billets au porteur, privilége sur l'étendue duquel j'aurai plus tard l'occasion de m'expliquer (1).

880. Il ne faut pas confondre avec les monopoles ou les priviléges exclusifs et arbitraires, le droit privatif qui est accordé dans les lettres, les sciences et les arts, aux auteurs, aux artistes et aux inventeurs. Je me suis déjà prononcé sur la nature du droit des auteurs, des savants, des artistes à l'œuvre qu'ils ont produite (2). Quel que soit d'ailleurs le fondement de ce droit, qui leur appartient sans contestations dans certaines limites, qu'il soit la conséquence d'un droit de propriété antérieur sur les produits de leur pensée, ou qu'il soit seulement l'acquit d'une dette que la société a contractée envers eux en acceptant leurs services, dans l'un et l'autre cas, il est fondé sur un titre qui empêche qu'il ne puisse être considéré comme une concession arbitraire ou de pure faveur. C'était donc improprement que, sous l'ancienne législation, qui s'était rendu un compte peu exact de la nature de ce droit, on le qualifiait de *privilége*. D'ailleurs, la propriété littéraire ou artistique, celle des dessins de fabrique, les brevets d'invention, loin d'être un obstacle à la prospérité des industries qu'alimentent les produits

(1) Voy. *inf.*, liv. V, tit. I, ch. II, sect. IV.

(2) Voy. *sup.*, n. 516. J'y reviendrai plus tard. Voy. *inf.*, liv. IV, tit. II, chap. II, sect. I.

des arts ou de la littérature, les favorisent au contraire en favorisant la multiplication des produits. « *Non procedunt in monopolio*, dit Scaccia (1), *hi qui suis faciunt impensis libros imprimi, et principes qui in eorum privilegium decernunt, ne alii eosdem infrà certum tempus imprimere valeant ; quia ex hoc privilegio animantur docti ad imprimendum libros, ut sic eorum doctrina multis communicetur ; quod in publicam redundat utilitatem.* »

881. Il y a un mode d'exploitation de la propriété littéraire qui, à raison de sa nature particulière, a été longtemps soumis à des règles et à une autorisation spéciale : c'est le théâtre.

Antérieurement au décret du 6 janvier 1854, qui a établi le régime nouveau de la liberté des théâtres, l'autorité gouvernementale ou ministérielle pouvait seule, à l'exclusion des préfets (2), autoriser l'ouverture des théâtres tant à Paris que dans les départements, et nommer les directeurs ou entrepreneurs d'exploitations théâtrales auxquels elle accordait un véritable privilége temporaire (3). L'autorisation d'exploiter un théâtre était d'ailleurs une concession purement gracieuse et l'arrêté ministériel qui refusait de l'accorder ne pouvait être attaqué devant le conseil d'État par la voie contentieuse (4).

Aujourd'hui, aux termes du décret précité, tout individu peut faire construire et exploiter un théâtre, à la seule condition de se conformer aux ordonnances, décrets et règlements pour tout ce qui concerne l'ordre, la sécurité et la salubrité.

Quant aux spectacles de curiosités, et cafés-concerts ou chantants ils restent soumis aux anciens règlements et ont besoin d'une permission qui est donnée à Paris par le préfet de police, et dans les départements par les maires (5).

(1) *De comm., et merc.*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 10, n. 16.
(2) Cons. d'État., 1er mars 1851, S., 51, 1, 462.
(3) Décret du 8 juin 1806 ; Ord. 8 déc. 1824 ; L. 9 sept. 1835 ; décret du 6 mars 1848.
(4) Cons. d'État, 5 mars 1852, D., 52, 1, 381.
(5) Décret du 8 juin 1806, art. 15.

882. Le droit qui appartient à chacun d'exercer librement et sans autorisation préalable toute sorte de commerce ou d'industrie, impose en général à ceux qui veulent en user l'obligation de répondre eux-mêmes et personnellement à l'égard des tiers des conséquences de cet exercice. Aussi pendant longtemps la loi qui, pour favoriser le développement des grandes entreprises, a bien voulu que celui qui court après un profit ne supportât qu'une partie des charges, et en rejetât le surplus sur un être moral ou de raison, a exigé en même temps que le contrôle du gouvernement eût préalablement constaté, dans l'intérêt des tiers, les facultés de l'être fictif destiné à devenir leur débiteur. C'est pourquoi les sociétés anonymes, qui sont des associations de capitaux, plutôt que des associations de personnes, dans lesquelles les associés ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leur mise, de telle sorte que les tiers ont pour débiteur, et débiteur unique, l'être moral qui constitue la société, et non les associés eux-mêmes, ont été jusqu'à ces derniers temps soumises à l'autorisation préalable du gouvernement, qui vérifiait les chances de succès des opérations, et la suffisance des apports destinés à former le fonds social, relativement aux charges probables de l'entreprise (1).

Mais une loi du 24 juillet 1867 a modifié cet état de choses; et, dans le but d'affranchir le gouvernement de la responsabilité attachée à une surveillance qu'il lui était rarement possible d'exercer d'une manière efficace, elle a affranchi les sociétés anonymes de la nécessité de l'autorisation gouvernementale, en se bornant à leur imposer des conditions destinées à garantir les tiers et les associés contre les dangers des entreprises qui présenteraient plus d'apparence que de réalité.

883. Cette loi réglemente aussi les sociétés en commandite, antérieurement régies par la loi du 17 juillet 1856, et abroge en même temps la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée qui se confondent aujourd'hui avec les sociétés anonymes.

884. Le droit qui appartient à chacun de former des éta-

(1) Cod. com., art. 37.

blissements où bon lui semble, pour l'exercice et l'exploitation de son industrie, est subordonné à la condition de ne pas nuire à autrui. Il est certains établissements industriels, manufactures ou ateliers qui, à raison de leur mode de fabrication ou d'exploitation, ou bien encore à raison des matières qu'ils emploient, et des produits qui en résultent, sont de nature à causer des inconvénients et même des dommages plus ou moins graves aux personnes ou aux propriétés, soit sous le rapport de la sûreté, de la salubrité ou de la santé, soit simplement sous le rapport des incommodités qui accompagnent leur voisinage. Ces établissements, à raison des différents genres d'inconvénients dont ils sont susceptibles, sont désignés sous le nom d'établissement *dangereux*, *insalubres* ou *incommodes;* et comme tels, ils sont soumis à des autorisations particulières, à des règles et à des conditions spéciales d'exploitation, qui dans un intérêt général restreignent notablement la liberté industrielle des individus. Le droit de contraindre les propriétaires d'établissements de cette nature à les transporter loin du voisinage de ceux qui en sont incommodés, n'était pas refusé aux particuliers à une époque où l'autorité publique n'avait pas encore pris, d'une manière constante et régulière, la défense de l'intérêt général ; et les jurisconsultes s'accordaient à le leur reconnaître. « *Non licet habitanti in suâ domo*, dit Roccus (1), *exercere artem per quem vicini malo odore afficiantur... et exercentes artes fœtidas quorum odor infestat nares transeuntium possunt expelli.* » Roccus cite à l'appui de son opinion Cæpolla, en son *Traité des servitudes* (2) ; et il ajoute, en s'appuyant sur la même autorité, que le pouvoir local devrait assigner un certain lieu ou un quartier de la ville pour l'exploitation des établissements de cette nature : « *Imò quod sit destinandus certus locus in civitate ubi dictæ artes exerceri possint multis auctoritatibus probatur* (3). »

885. Cette surveillance qu'appelaient les jurisconsultes l'administration l'exerce aujourd'hui, dans la forme et de la ma-

(1) *Respons. leg. de merc.*, cent. 2, resp. 89, n. 15 et 18.
(2) *Sub rubricâ, de aere.*
(3) *Ubi sup.*

nière réglées par un décret du 15 octobre 1810, dont les dispositions, combinées avec celles d'une ordonnance du 14 janvier 1815, composent l'ensemble de la législation actuelle sur la matière.

Ce décret et cette ordonnance ont remplacé un état de choses beaucoup moins régulier. Autrefois, les établissements dangereux, insalubres et incommodes, étaient placés sous la juridiction des parlements qui réunissaient des attributions de police à leurs fonctions judiciaires. Quelques parlements, sans avoir de doctrine fixe, statuaient judiciairement sur les contestations qui s'élevaient entre les propriétaires de ces établissements et leurs voisins auxquels ils causaient préjudice ; d'autres, usant de leurs droits de police, avaient, par des arrêts généraux, établi de véritables règlements d'administration publique. Mais ces règlements, qui, d'ailleurs, étaient en général peu favorables à l'industrie, insuffisants et incomplets, avaient de plus l'inconvénient d'être contradictoires et de varier dans chaque ressort.

La révolution étant survenue, la loi du 24 août 1790, en attribuant aux tribunaux la connaissance des dommages causés à la propriété, les rendit par cela même compétents pour statuer sur l'existence des établissements dangereux ou incommodes, à l'égard desquels ils exerçaient dès lors un pouvoir souverain. Mais une seconde loi, du 13 novembre 1791, leur retira bientôt après une partie de ces attributions, en décrétant le maintien provisoire des règlements locaux relatifs à la création et à l'interdiction des manufactures dangereuses, dont l'exécution fut confiée au pouvoir municipal. Ces règlements variables et contradictoires, remis entre les mains d'un pouvoir fractionné à l'infini, devinrent encore plus variables et contradictoires dans l'application. « Un arbitraire intolérable fut la conséquence de cette mesure, disait M. le comte d'Argout, à la chambre des pairs, le 27 avril 1827. Chaque département, chaque commune avait sa règle ; et la manière d'appliquer cette règle changeait à chaque renouvellement d'administration; tantôt on frappait sur la propriété, en autorisant des usines très-dangereuses au centre

des villes les plus populeuses ; tantôt on frappait sur l'industrie, en prononçant l'interdiction d'usines dont on venait de permettre la création. Les capitalistes et les propriétaires souffraient également, et bientôt les grandes entreprises s'arrêtèrent. »

886. Le décret du 15 octobre 1810 et l'ordonnance du 14 janvier 1815, ont mis un terme à cet état de choses. Ils divisent les établissements dangereux, insalubles ou incommodes en trois classes : la première, comprenant ceux dont le danger, l'insalubrité ou l'incommodité sont tels qu'ils doivent être éloignés des habitations ; la seconde, ceux desquels résulte un danger, une insalubrité ou une incommodité moindres, de telle sorte qu'il est possible d'en autoriser la formation auprès des habitations, avec certaines précautions de nature à garantir le voisinage de leurs inconvénients ; enfin, la troisième, ceux qui peuvent sans danger rester près des habitations, mais qui cependant doivent, attendu de moindres inconvénients, être soumis à la surveillance de la police. L'autorisation est accordée aux uns et aux autres sous des conditions plus ou moins rigoureuses, et dans des formes plus ou moins solennelles, selon la classe à laquelle ils appartiennent (1).

887. Cependant, nonobstant cette autorisation, si l'établissement cause un dommage réel aux voisins, ceux-ci peuvent encore en demander la suppression à l'autorité administrative (2). L'autorisation, qui n'est accordée que dans la prévision que les précautions exigées empêcheront le dommage, ne peut faire cependant qu'il n'y ait pas de dommage, si les précautions ne sont pas suffisantes, ou si aucune précaution n'est assez efficace. L'administration, en autorisant un établissement, ne s'est pas dépouillée du droit de veiller à la sûreté et à la salubrité publiques (3).

(1) Cette classification a été faite en dernier lieu par un décret du 31 décembre 1866.

(2) Déc. 15 oct. 1810, art. 12. — Voy. aussi, sur ce point, notre *Dict. du contentieux commercial*, v° *Établissements dangereux ou insalubres*, n. 22 et suiv.

(3) *Prohibetur vicinus*, dit Roccus, *loc. cit.*, n. 19 et 20, *facere fornellum vel aliud opus ob quod ignis vel fumus posset nocere vicino... Et idem*

887 *bis.* Il a même été jugé que le pouvoir conféré à l'administration supérieure par le décret du 15 octobre 1810, d'autoriser et de réglementer les établissements insalubres, ne met point obstacle au droit que l'autorité municipale tient de la loi du 16-24 août 1790, de prendre des mesures générales pour assurer la propreté et la salubrité de la voie publique et de ses dépendances, et d'y assujettir les propriétaires des établissements insalubres comme tous les autres habitants (1).

Les attributions conférées à l'autorité municipale pour le maintien de la tranquillité publique lui permettent même de réglementer les heures de travail des professions bruyantes, pour empêcher l'incommodité du travail de nuit; mais elles ne lui permettraient pas de soumettre l'exercice de ces professions à des mesures permanentes relatives au mode selon lequel les ateliers dans lesquels ces professions s'exercent doivent être édifiés et fermés (2).

888. Outre le droit que conserve le pouvoir administratif qui a autorisé ces établissements de les surveiller, de leur imposer des obligations nouvelles, ou, le cas échéant, de les supprimer, les tribunaux ont le droit de réprimer, en leur appliquant les peines portées par les lois (3), les infractions commises par les propriétaires de ces établissements, aux règlements de police rendus dans un intérêt général, ou qui leur prescrivent des conditions particulières d'existence (4).

889. Mais les tribunaux peuvent-ils, de plus, si un établissement autorisé est nuisible aux propriétés ou aux habitations du voisinage, soit allouer des indemnités ou des dommages-intérêts aux propriétaires de ces habitations, soit prescrire des mesures propres à faire cesser le dommage, soit ordonner

exercentibus artem beccariæ... quibus omnibus infertur a fortiori posse fabrum facientem strepitum expelli ob magnam molestiam quam vicinis affert.

(1) Cass., 1er août 1862, S., 62, 1, 993 et 7 février 1863, S., 63, 1, 217.

(2) Cass., 28 fév. 1867, D., 67, 1, 511.

(3) C. pén. 471.

(4) Cass., 2 et 17 janvier 1829, S., 9, 1, 209 et 216; D., 29, 1, 90 et 114.

la suppression de l'établissement? Dans le sens de l'incompétence absolue des tribunaux pour statuer sur les questions de cette nature, on peut dire : l'autorisation en vertu de laquelle ces établissements existent, en fait des propriétés qui, comme toutes les propriétés, peuvent avoir leurs inconvénients, mais dont l'existence est protégée par les principes du droit commun. De même donc que chacun peut jouir d'une propriété ordinaire, mobilière ou immobilière, à la charge de n'en pas faire un usage prohibé par les lois et règlements, de même aussi celui qui a une propriété industrielle, telle qu'une manufacture ou une fabrique, dont l'établissement a été autorisé par l'administration sous certaines conditions réglementaires, peut user de sa propriété dans la limite tracée par cette autorisation et les règlements qui la complètent, sans être exposé à l'action des tiers qui verraient dans cette exploitation une cause de préjudice. Il ne suffit pas de causer préjudice à quelqu'un pour être tenu de l'indemniser. Il faut de plus que ce préjudice soit la conséquence d'un fait illicite. Or, le propriétaire d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode, dont l'exploitation se renferme dans les limites qui lui ont été tracées par les règlements généraux ou particuliers concernant son industrie, n'a à se reprocher aucun fait illicite. Toutes les propriétés sont grevées de servitudes naturelles les unes au profit des autres. L'obligation imposée à certains établissements d'être pourvus d'une autorisation préalable est une servitude qui grève la propriété industrielle dans l'intérêt de la propriété territoriale. L'obligation imposée à la propriété territoriale de supporter le voisinage de ces établissements, lorsqu'ils sont autorisés, est une servitude qui grève la propriété territoriale dans l'intérêt de la propriété industrielle. Il n'y aurait pas d'industrie possible, si, après qu'un établissement s'est élevé avec l'autorisation administrative, qui lui a assigné les conditions d'existence, qui lui a tracé des procédés de fabrication, qui a déterminé jusqu'à l'emplacement qu'il lui est permis d'occuper, les voisins étaient encore admis à prétendre à des dommages-intérêts à raison des inconvénients inséparables du voisinage

de certaines usines ou manufactures. Ces inconvénients, la loi qui permet d'élever, sous certaines conditions, des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, les impose au voisinage; et les tribunaux ne pourraient, sans méconnaître les droits de la propriété industrielle et sans rompre l'équilibre qui doit exister entre tous les genres de propriété, sacrifier l'une au profit de l'autre, en la rendant passible de dommages-intérêts à raison de faits qui en constituent l'exercice licite et les conséquences naturelles (1).

Ces considérations dont on ne peut méconnaître la gravité m'avaient porté à penser que le pouvoir des tribunaux ne s'étend pas, en matière civile, sur les établissements dangereux, insalubres et incommodes, et que ces établissements ne sont soumis qu'à l'action de l'autorité administrative. Mais un examen plus attentif de la difficulté, provoqué par la pratique des fonctions judiciaires qui rectifie si souvent les déductions trop absolues de la théorie, a complétement modifié ma manière de voir.

L'autorisation administrative accordée à un établissement industriel ne crée point une propriété nouvelle, ayant le droit d'exister dans les limites qui lui sont tracées à côté des propriétés voisines; elle n'a pour objet que de permettre, au point de vue administratif et de police, l'exercice d'une certaine industrie, et un certain usage des lieux dans lesquels s'exerce cette industrie. L'administration n'intervient que pour veiller aux intérêts généraux; et quand elle autorise les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, parce qu'il lui paraît que ces intérêts généraux ne sont pas compromis ou sont garantis par les précautions qui sont la condition de son autorisation, on ne peut en conclure que cette autorisation prive les intérêts particuliers lésés par ces établissements, de l'action que le droit commun accorde pour obtenir la réparation ou la cessation de tous les faits nuisibles et dommageables. S'il en était autrement, si l'autorisation pouvait porter atteinte aux droits des tiers, et si les proprié-

(1) Voy. une dissertation de M. Duvergier, insérée dans la *Revue étrang. de jurispr.*, t. X, p. 425.

taires voisins étaient sans action contre l'usage fait des lieux où s'exerce l'industrie autorisée, il en résulterait, au profit de cette industrie et du local où elle s'exerce, une véritable expropriation des propriétés voisines, expropriation qui aurait lieu non pour cause d'utilité publique, mais pour cause d'utilité particulière, et sans indemnité. Or, comme cette conséquence serait contraire à toutes les notions du droit et de l'équité, il faut en conclure que l'autorisation administrative est accordée aux risques et périls de celui qui l'obtient, et que si cette autorisation le met à l'abri de toutes poursuites administratives ou criminelles, elle le laisse exposé à toutes les actions civiles ouvertes par le droit commun.

Il suit de là que l'autorisation accordée par l'administration à un établissement dangereux, insalubre ou incommode ne fait point obstacle à ce que les voisins puissent réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que leur cause l'exploitation de l'établissement, soit qu'il s'agisse de dommages réels et effectifs, soit même qu'il s'agisse d'incommodités excédant la nature des obligations ordinaires du voisinage (1).

890. Et non-seulement les tribunaux peuvent accorder des dommages-intérêts, mais comme ils ont le droit et le devoir de protéger la propriété contre les entreprises qui lui porteraient atteinte, ils peuvent prescrire les ouvrages ou les mesures qui seraient jugés nécessaires pour prévenir le renouvellement de l'incommodité ou du dommage (2). Mais je crois que dans aucun cas ils ne pourraient en ordonner la suppression d'une manière absolue, le droit d'interdire ou d'autoriser l'exercice d'une industrie n'étant pas dans les attributions des tribunaux qui ne sont appelés qu'à protéger

(1) Voy. Cass., 17 juill. 1845, S., 45, 1, 825; 28 fév. 1848, S., 48, 1, 311; 20 fév. 1849, S, 1849, 1, 346; 24 avril 1865, S., 66, 1, 169. Voy. aussi de Cormenin, v° *Ateliers insalubres*, § 6; Chauveau, *Compétence administrative*, t. III, n. 7000; Dufour, *Droit administr.*, t. I, n. 402 et 403; Serrigny, *Comp. et proc. adm.*, t. II, n. 867 et suiv. — Voy., en sens contraire, M. Duvergier, *Rev. étr. de législ.*, t. X, p. 425.

(2) Cass., 27 nov. 1844, S., 44, 1, 811; Bordeaux, 15 juill. 1845, S., 47, 2, 537; Cass., 8 juin 1857, S., 58, 1, 305, et 24 avril 1865, S., 66, 1, 169.

la propriété contre les excès ou les abus de cet exercice (1).

891. Si celui auquel un établissement dangereux, insalubre ou incommode cause un dommage, n'est venu placer son habitation dans le voisinage de cet établissement que depuis sa formation autorisée, il ne cesserait pas pour cela d'être fondé à s'en plaindre, l'existence même autorisée de ces établissements ne pouvant frapper d'interdit toutes les propriétés voisines. Toutefois il me semble que dans l'appréciation des dommages-intérêts il y aurait lieu de tenir compte des habitudes et de la destination générale du quartier dans lequel s'exercerait une industrie nuisible ou incommode; on devrait difficilement écouter celui qui dans un quartier envahi par des usines et des manufactures, viendrait construire au milieu du bruit et de la fumée, une habitation destinée au luxe ou au repos; tandis qu'au contraire on devrait accueillir favorablement la plainte des propriétés d'agrément ou de luxe, au milieu desquelles viendrait s'implanter le voisinage incommode d'une industrie (2).

892-894. Une autre restriction particulière aux manufactures ou ateliers est relative au travail des enfants qui y sont employés. Une loi du 22 mars 1841 règle les conditions de ce travail et protége l'enfance contre les abus que la liberté industrielle et les besoins de la concurrence peuvent faire de ses forces ou de sa faiblesse.

Deux causes principales ont concouru à modifier, pour le travail des enfants, comme sous d'autres rapports, l'état industriel de la société : la liberté de l'industrie qui a produit la concurrence, et l'introduction des machines. La liberté

(1) Voy. Agen, 7 fév. 1855, S., 55, 2, 311. — Voy. cependant Cass., 8 juin 1857, S., 58, 1, 305.

(2) *Artifices facientes strepitum*, dit Roccus, *ubi sup.*, n. 3 et 10, *non possunt expelli quando prævenerunt in habitando in loco ubi habitat persona privilegiata.* La personne privilégiée dont il s'agissait était un collége de jésuites; et à raison de ce caractère particulier, Roccus ajoute : *Nihilominus quando commodo alibi habitare possunt et exercere suam artem, tunc persona privilegiata quæ de novo venit ad habitandum, potest dictos artifices facientes strepitum expellere.* Il faut donc tenir compte des circonstances de temps, de lieu et de personne.

industrielle et la concurrence ont placé les producteurs dans la nécessité de produire au meilleur marché possible, et par conséquent d'employer de jeunes bras, dont le faible salaire modérait un des éléments de la valeur des produits; les machines à vapeur ont rendu nécessaire le travail des enfants, que la souplesse de leurs membres, la prestesse de leurs mouvements, et l'exiguïté de leur taille, appropriaient à certains travaux dans lesquels ils n'eussent pu sans désavantage être remplacés par des adultes (1).

La nécessité, d'une part, a donc exigé l'emploi du travail des enfants, tandis que, d'un autre côté, la cupidité, abusant de leurs forces, énervait leurs corps en les assujettissant à un travail excessif et sans mesure, et pervertissait leurs mœurs, en les jetant au milieu d'un foyer de corruption, contre laquelle ils n'étaient protégés par aucune instruction morale ou religieuse.

C'est à ces inconvénients qu'a voulu parer la loi du 22 mars 1841, dans les dispositions réglementaires de laquelle il me paraît d'autant plus inutile d'entrer que dans ce moment même (2) le pouvoir législatif s'occupe de sa révision.

895. Enfin deux lois, l'une du 9 septembre 1848, abrogative d'un décret révolutionnaire du 2 mars de la même année; l'autre du 19 mai 1851, modificative de la première, veulent que la journée de l'ouvrier dans les manufactures et usines ne puisse exéder douze heures, sauf en certain cas et pour certains travaux déterminés. Ces lois, qui mettent les majeurs en tutelle, sont loin de pouvoir se justifier par les mêmes considérations que celles qui protégent la faiblesse physique et morale de l'enfance.

896. Bien que l'exploitation des mines ne constitue pas un acte de commerce (3), il n'est pas hors de propos de faire observer qu'elle est soumise à des règles spéciales tracées par la loi du 21 avril 1810, qui place le régime des mines sous la surveillance du gouvernement, et permet par cela même de

(1) Rapport de M. Renouard à la chambre des députés.
(2) Février 1873.
(3) Voy. *inf.*, liv. IV, tit. Ier, ch. II.

faire les règlements nécessaires pour déterminer la durée du travail.

897. La nécessité d'assurer les subsistances dans certains centres de population, a introduit quelques règles qui, sans restreindre directement la liberté du commerce, modifient cependant le droit qui appartient à chacun de vendre et d'acheter où et comment il l'entend. Ces modifications ont rapport aux foires et aux marchés.

Les foires et marchés sont des assemblées ou réunions de marchands avec concours d'acheteurs, ayant lieu dans certaines localités, à des époques périodiques ou déterminées. Il y a cette différence entre les foires et les marchés, que les premières ont lieu plus rarement, et avec une plus grande importance, tandis que les marchés ont lieu à des époques ou à des termes plus rapprochés. J'ai déjà eu l'occasion de faire remarquer (1) que, dans l'état actuel du commerce, les foires avaient perdu une grande partie de l'importance commerciale à laquelle elles pouvaient prétendre autrefois. Elles n'ont conservé une importance réelle que relativement aux bestiaux et à certains produits agricoles destinés plus ou moins immédiatement à la subsistance publique : tel est aussi l'intérêt principal que présente l'établissement des marchés.

Le maintien de l'ordre dans ces réunions ; la surveillance des denrées et marchandises qui y sont apportées, et dont la qualité intéresse la salubrité et la santé publiques ; la protection due aux producteurs, dans le but de les provoquer à fréquenter les marchés établis ; et aussi l'intérêt du fisc municipal, qui profite de certaines taxes d'octroi ou de plaçage auxquelles sont ordinairement soumises les marchandises et denrées apportées au marché : tels sont les principaux objets des règlements relatifs aux foires et aux marchés.

898. Les foires et marchés ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de l'autorité administrative supérieure, qui seule peut permettre leur établissement, supprimer ceux qui sont établis, ou en changer l'époque et la durée (2). Les pouvoirs

(1) Voy. t. I, n. 8.
(2) Déc. 16 oct. 1813 ; ord. 26 nov. 1814.

de l'administration à cet égard sont absolus, tellement que les actes qui refusent ou autorisent l'établissement d'une foire ou d'un marché, ne sont pas susceptibles de recours au conseil d'État de la part de ceux qui se prétendraient lésés par ces décisions administratives (1).

Mais lorsqu'une foire ou un marché sont établis par l'autorité administrative supérieure, c'est à l'autorité municipale qu'il appartient de régler tout ce qui touche leur police (2), sauf, en certains cas, à faire approuver les règlements municipaux par l'autorité supérieure (3).

899. Ainsi le pouvoir municipal peut fixer l'heure de l'ouverture du marché, l'emplacement sur lequel il doit se tenir, et même ordonner que la vente en gros de certaines denrées, telles que celles de première nécessité, ne pourra avoir lieu que dans l'enceinte des halles ou marchés, et par suite interdire aux marchands revendeurs de les acheter ailleurs.

Toutefois, il faut remarquer, sur ce dernier point, que si l'autorité municipale peut, dans toute l'étendue du territoire qui lui est soumis, défendre de vendre ou d'acheter certaines marchandises ailleurs qu'au marché, elle ne peut pareillement défendre aux habitants de la commune, acheteurs ou détaillants, d'aller s'approvisionner au dehors, parce qu'alors cet approvisionnement s'effectue dans un lieu sur lequel l'autorité municipal n'a plus juridiction. Il ne peut, dans mon opinion, y avoir d'exception à cette règle qu'autant qu'il s'agit de denrées dont l'autorité municipale a intérêt de contrôler la qualité, ou dont l'entrée dans la commune ne saurait être autorisée qu'autant qu'elles auraient été achetées dans un marché spécial, sur lequel les marchands détaillants sont tenus de s'approvisionner; mais de pareilles mesures ne peuvent être prises par l'autorité municipale : elles sont du ressort exclusif de l'administration supérieure (4).

(1) Ord. 7 et 18 nov. 1836, S., 36, 2, 423 et 541; 14 déc. 1837, S., 38, 2, 185; 23 déc. 1841; Dalloz, v° *Halles*, n. 32.

(2) Loi du 16-24 août 1790, tit. XI, art. 3.

(3) Cass., 15 mars 1822, S., 7, 1, 40.

(4) Voy. notre *Diction. du contentieux commercial*, v° *Foires et marchés*. Voy. aussi l'arrêt solennel du 24 mars 1858, S., 58, 1, 326.

900. L'autorité municipale peut encore assujettir les marchandises et denrées apportées au marché à y payer pour la place qu'elles y occupent un *droit de plaçage*. La fixation de ce droit de plaçage (qui n'est autre chose que le prix de la location de l'espace où sont déposées les marchandises), déterminée par l'autorité municipale, doit être approuvée par l'autorité supérieure. Les uns ont prétendu qu'il suffisait de l'approbation du préfet; les autres avec plus de raison que l'approbation ministérielle était nécessaire (1). On peut dire sans doute que l'autorisation supérieure ou ministérielle, en permettant l'établissement d'une foire ou d'un marché, a par cela même entendu permettre la perception d'un droit de plaçage, qui en est la conséquence ordinaire et prévue; de telle sorte que lorsqu'il vient à être question de l'établissement effectif de ce droit, il doit suffire de l'approbation du préfet, auquel est remis le soin de surveiller l'exécution de l'acte administratif qui autorise l'établissement de la foire ou du marché. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier que le gouvernement est le tuteur des communes, et que le droit de plaçage, pouvant par son élévation influer sur la circulation générale des denrées, touche non-seulement aux intérêts de la commune, mais encore aux intérêts généraux (2).

901. La police des marchés a eu longtemps pour objet spécial le commerce des blés : d'après des opinions économiques peu avancées et qui ont cependant longtemps prévalu, on croyait que la subsistance publique ne pouvait être assurée, surtout dans les grands centres de population, si le commerce des grains était libre. On défendait donc de les vendre ailleurs qu'au marché; on ordonnait à tout cultivateur de les y transporter, et on voulait même qu'il fût tenu de les y exposer en vente, au moins deux fois l'an. Dans la crainte des accaparements, on lui défendait d'en conserver aucune quantité pendant plus d'un certain temps; et on allait jusqu'à lui fixer la ration de son propre blé qu'il pouvait retenir chez lui

(1) Ord. 18 nov. 1836, S., 36, 2, 541.
(2) Circ. minist. des 17 déc. 1808 et 10 nov. 1821. Voy. MM. Vuillefroy et Monnier, *Principes d'administ.*, p. 215.

pour ses besoins et ceux de sa famille (1). Bien que ces mesures, abolies par Turgot (2), allassent contre leur but, en décourageant l'agriculture et le commerce, elles ont été renouvelées par la Convention nationale, qui rétrogradait quelquefois au milieu de ses innovations radicales. Les décrets des 4 mai, 9 et 17 août, 17 septembre 1793, et 25 brumaire an II, remirent en vigueur, en les aggravant, les plus mauvaises lois de l'ancienne monarchie. Mais cette législation ne fut ressuscitée que pour un moment. La loi plus sage du 21 prairial an V permit d'acheter et de vendre les grains partout ailleurs qu'au marché, et autorisa le propriétaire ou le cultivateur à en disposer, à les vendre, ou à les conserver, suivant son intérêt ou sa volonté. C'est cette loi qui nous régit aujourd'hui ; et la police des marchés ne s'occupe plus des grains que comme elle s'occupe des autres denrées et marchandises qui y sont apportées.

Un décret impérial du 4 mai 1813 essaya, il est vrai, de renouveler temporairement les mesures de la Convention. Mais ce décret, à peine exécuté, eut une existence plutôt de droit que de fait; et ce dernier essai d'application d'un système suranné prouva que les principes sur lesquels il reposait, avaient désormais fait leur temps.

902. Une mesure analogue à celles qui comprimaient le commerce des blés, défendait, par les mêmes motifs d'utilité publique, la vente des blés en vert : celle-ci était la conséquence des premières, et la Convention, qui venait d'envelopper de restrictions le commerce des grains, agissait logiquement, en défendant, sous peine de confiscation, par la loi du 6 messidor an III, la vente des grains en vert et pendants par racines.

Cette mesure, au surplus, n'était pas d'invention nouvelle : il faut remonter jusqu'aux Capitulaires de Charlemagne et aux lois des Lombards (3) pour trouver l'origine d'une pro-

(1) Arrêt du conseil du 23 déc. 1770, renouvelant tous les règlements antérieurs.

(2) Arrêt du conseil du 13 sept. 1774, et décl. du 5 fév. 1776.

(3) Lib. II, tit. XXXI. Voy. sur ce point Heineccius, *De illicitâ venditione fructuum in herbis*, § 14.

hibition dont le droit romain avait su se défendre (1). Le Capitulaire qui la renferme est le 25ᵉ de l'appendice 2 du livre IV, *De his qui vinum et annonam vendunt, antequam colligant, et per hanc occasionem pauperes efficiuntur, ut fortiter constringantur, ne deinceps fiat* (2). Charlemagne, conséquent dans son système, était même allé jusqu'à défendre l'achat sans nécessité et dans la seule vue d'un bénéfice du blé et du vin, *au temps de la récolte* (3). Quant à la prohibition de la vente des grains en vert, elle fut successivement reproduite par Louis XI, en 1462; par François Iᵉʳ, en 1539; par Henri III, en 1575; par Louis XIII, en 1629, et par Louis XIV, en 1694, dont la Convention nationale renouvela les édits.

Aujourd'hui que le commerce des grains est libre, je n'hésite pas à penser que la loi du 6 messidor an III, prohibitive de la vente des grains en vert, doit être tenue pour abrogée. Cependant presque tous les auteurs qui se sont occupés de la question la résolvent en sens contraire, et décident que cette loi est encore en vigueur (4). Mais le raisonnement sur lequel ils se fondent, vrai en lui-même, n'est pas concluant. Suivant eux, la loi du 6 messidor an III subsiste toujours, parce qu'elle n'aurait été abrogée, ni par le Code civil, dont l'article 1598 maintient les lois particulières qui prohibent l'aliénation de certains objets; ni par le Code pénal, dont l'article 484 veut que dans toutes les matières qui ne sont pas réglées par ce Code, et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et tribunaux continuent de les observer. Cela ne résout pas la question : sans doute, si une loi particulière défend et punit la vente des grains en vert, cette loi n'a pas

(1) Lois 8 et 78, § *ult.* ff. *De contrahendâ emptione.*

(2) M. Merlin cite à tort les capitulaires 16 et 26.

(3) Voy. *inf.*, n. 903.

(4) Voy. Merlin, *Répert.*, vᵒ *Vente*, § 1, art. 1, n. 6; Toullier, t. VI, n. 118 et 119; Duranton, t. XVI, n. 161; Marcadé sur l'art. 1598; Troplong, *De la vente*, n. 223. Ce dernier auteur est beaucoup moins positif que les autres : la conclusion à laquelle ils arrivent paraît lui répugner. — Voy. aussi E. Vincens, *Législ. comm.*, t. I, p. 43, qui incline pour l'abrogation. Telle est aussi l'opinion de M. de Molènes, *Manuel du proc. du roi*, t. I, p. 220.

cessé d'être applicable, par l'effet seul de la promulgation du Code civil ou du Code pénal. La question est donc de savoir si cette loi existe, ou plutôt existait lors de la promulgation du Code civil et du Code pénal. Or, si l'on réfléchit que la loi du 6 messidor an III n'était qu'un corollaire des lois antérieures qui restreignaient le commerce des blés, qu'elle en était la suite nécessaire, puisqu'il eût été fort inutile de défendre la vente des grains ailleurs qu'au marché, si l'agriculteur eût pu vendre sa récolte quand elle était encore sur pied, on sera nécessairement amené à décider par contre, aujourd'hui que la loi du 21 prairial an V a établi la liberté du commerce des blés, que cette dernière loi a virtuellement, il est vrai, mais nécessairement, abrogé celle du 6 messidor an III, puisque la prohibition de la vente des grains en vert n'aurait plus aucun objet en présence du droit incontestable de vendre ou d'acheter les grains partout et sans limites, aussitôt qu'ils sont coupés et récoltés. La loi du 6 messidor an III était le complément d'un système, le couronnement d'un édifice : aujourd'hui, que le système et l'édifice sont en ruines, il ne saurait être permis d'aller fouiller leurs décombres pour en restaurer les débris. Ce serait commettre un anachronisme, en fait d'économie politique et de législation, qui nous ferait reculer jusqu'aux Capitulaire de Charlemagne (1).

903. D'anciens règlements prohibaient aussi la vente des pommes dans les pays à cidre, avant le 1er octobre ; et la vente des laines avant la tonte ; mais ils ont été expressément abrogés par la loi du 23 messidor an III, qui exceptait de la défense de vendre les grains en vert et les fruits pendants par racines, tous autres fruits et productions que les grains.

904. Une des plus remarquables limitations apportées à

(1) Un arrêt de la cour royale d'Agen du 2 août 1830, S., 32, 2, 126, s'est prononcé pour l'abrogation, en se fondant à tort sur le Code civil et sur le Code pénal. — Mais de nombreux arrêts ont, au contraire, jugé que la loi du 6 mess. an III est toujours en vigueur. Voy. notamment Cass. 12 mai 1848, S., 48, 1, 418 ; et 8 mai 1856, S., 56, 1, 560. — D'autres décisions n'ont admis le maintien de la loi du 6 messidor an III que sous certaines distinctions dont ils cherchent le principe dans la loi du 23 du même mois. Voy. Caen, 11 mai 1846, et trib. de Villefranche, 6 janv. 1848, S., 48, 2, 42.

la liberté du commerce, est celle qui résulte de l'interdiction, prononcée par la loi du 25 juin 1841, des ventes en détail de marchandises neuves, à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit à prix proclamés d'avance, avec ou sans l'assistance d'officiers ministériels. Cette interdiction a eu pour but l'intérêt du commerce sédentaire, qu'elle a voulu protéger contre les moyens employés par le colportage pour provoquer et solliciter la concurrence des acheteurs. Il y avait, en effet, en cette matière, de grands abus ; mais la loi, en voulant y porter remède, nous semble avoir de beaucoup dépassé le but qu'elle devait se proposer. L'abus consistait dans l'invasion des marchands forains ou colporteurs qui, exempts de tous les frais ordinaires du commerce, arrivaient tout à coup sur un marché, encombraient une contrée de marchandises, en les vendant aux enchères ou à cri public, au-dessous des cours de la localité, et faisaient ainsi au commerce sédentaire une concurrence à laquelle celui-ci avait peine à résister. Il y avait encore un autre abus, non moins répréhensible : les commissaires-priseurs qui, dans la plupart des localités, sont loin d'être suffisamment occupés comme intermédiaires, s'étaient faits marchands, vendaient sous le nom des tiers des marchandises dont ils s'étaient rendus propriétaires, et cumulaient ainsi, au préjudice du vrai commerce, les bénéfices de leur commerce occulte et les émoluments de leurs fonctions. Là était le mal : pour y porter remède, il suffisait d'interdire les ventes aux enchères par les marchands forains ou colporteurs, et d'empêcher, au moyen de pénalités sévères, les commissaires-priseurs de dénaturer leurs fonctions. Au lieu de cela, la loi a défendu, d'une manière générale et sans distinction, tant aux marchands sédentaires qu'aux marchands forains et colporteurs, toute vente en détail ou aux enchères de marchandises neuves, ce qui est porter, sans nécessité, une grave atteinte à la liberté du commerce et au droit de propriété. Il est vrai que la loi (art. 2) excepte de la défense qu'elle prononce, les ventes faites par autorité de justice, les ventes après décès, faillite ou cessation de commerce et celles qui ont lieu dans tous les autres

cas de nécessité dont l'appréciation est laissée au tribunal de commerce. Mais cette exception est illusoire; car pour les ventes après décès, faillite ou cessation de commerce, déjà prescrites par des lois spéciales, et, en quelque sorte forcées, il n'y avait pas moyen de recourir à une autre forme de vente, ni à un autre moyen d'écouler des marchandises et d'en réaliser la valeur; et pour les ventes qui, en cas de nécessité, peuvent être autorisées par le tribunal, il est manifeste que, ces cas de nécessité ne devant résulter que d'une gêne momentanée, de laquelle un commerçant voudrait sortir, en réalisant promptement la valeur d'une partie de marchandise, au moyen d'une vente aux enchères, la première condition de cette autorisation serait un aveu qu'aucun commerçant ne se résoudra à faire devant un tribunal composé de ses émules ou de ses rivaux, puisque, pour sortir d'un embarras accidentel, il courrait le risque de perdre à jamais son crédit et son existence commerciale.

905. La loi excepte aussi les ventes à cri public de comestibles ou d'objets de peu de valeur connus dans le commerce sous le nom de menue mercerie : exception qu'on ne pouvait se dispenser d'introduire, sans rompre les habitudes de la population et nuire à de nombreux intérêts; mais qui est insignifiante pour le commerce proprement dit. En réalité, la prohibition subsiste donc pleine et entière.

906. Cette prohibition, ainsi généralisée, nonobstant peut-être l'intention du législateur, n'est pas seulement inutile, elle est de plus nuisible et nuisible sans profit pour personne. La faculté de vendre aux enchères publiques donnait aux commerçants les moyens d'écouler promptement des fonds de magasins d'articles passés de mode, et qui trouvaient à se placer à prix modique chez des consommateurs peu exigeants; elle donnait au petit commerce le moyen de faire de l'argent sans emprunter aux ouvriers le moyen de vendre directement aux consommateurs, les produits de leur travail, qu'ils n'auraient pas toujours pu placer en temps utile et avec avantage chez les marchands; enfin, c'était un moyen d'engager fortement les consommateurs à acheter, par l'appât de l'occa-

sion ; ce qui profitait à la fois à l'industrie, qui ne peut produire avec fruit qu'en proportion de la consommation ; au marchand, qui trouvait dans la vente publique et aux enchères une ressource contre les lenteurs de la vente ordinaire, et au consommateur, qui achetait à bon marché. Tous ces avantages ont été sacrifiés pour guérir un abus auquel eussent suffi des remèdes moins héroïques (1).

907. Au surplus la loi du 15 juin 1841 n'a peut-être pas atteint complétement son but. En effet d'une part elle n'a défendu et ne pouvait défendre que la vente aux enchères de marchandises neuves qui sont l'objet d'un commerce. D'où il suit, et c'est ce qui est reconnu par l'exposé des motifs, que les choses destinées à l'usage personnel de celui qui en est propriétaire, quel que soit l'état dans lequel elles se trouvent et alors même que l'usage auquel elles doivent servir ne serait pas encore commencé, n'étant pas l'objet d'un commerce, peuvent être vendues aux enchères si celui qui les possède veut employer ce procédé, parce que bien que réellement neuves elles ne sont pas légalement neuves. D'un autre côté, il y a une foule de marchandises de grande valeur qui font l'objet d'un commerce très-étendu, qui sous ce rapport pourraient être atteintes par la prohibition, et qui cependant y échappent, parce qu'ayant servi elles ne sont plus neuves : tels sont les tableaux, les objets d'art, les meubles anciens et précieux. D'où il suit que des marchandises qui font l'effet d'un commerce peuvent être vendues aux enchères, parce qu'elles ne sont pas réputées neuves, et que d'autres, quoique neuves, peuvent être vendues de la même manière, parce qu'elles ne font pas l'objet d'un commerce.

908. La loi du 25 juin 1841 n'est d'ailleurs relative qu'aux ventes en détail. Les ventes en gros aux enchères publiques sont régies par les décrets des 22 novembre 1811 et 17 avril 1812, par les ordonnances des 1er juillet 1818 et 9 avril 1819, par les lois du 28 mai 1858 et du 3 juillet 1861, et par les décrets du 30 mai, 6 juin et 29 août 1863. D'après ces décrets

(1) Voir le rapport de M. Persil à la chambre des Pairs.

et ces ordonnances, la vente en gros et aux enchères ne peut avoir lieu qu'autant qu'il s'agit de certaines marchandises spécialement désignées, avec l'autorisation du tribunal de commerce, qui détermine la valeur des lots qui pourront être exposés en vente ; et d'après la loi du 28 mai 1858, complétée par un décret du 12 mars 1859, certaines autres marchandises peuvent être vendues aux enchères, en gros par le ministère des courtiers, même sans l'autorisation du tribunal de commerce.

909. La liberté du commerce suppose la faculté réciproque pour le vendeur de demander le prix qui lui convient, pour l'acheteur d'en proposer un moins élevé, pour l'un et l'autre de le débattre. Sans cette liberté, et si le prix des choses était fixé par l'autorité publique, il n'y aurait pas de commerce proprement dit ; et les marchands, au lieu d'être des spéculateurs et des industriels, ne seraient plus que des proposés servant d'intermédiaires, en quelque sorte officiels, aux producteurs et aux consommateurs. Quand une loi qui fixe le prix des choses n'est pas nuisible, elle est tout au moins inutile. Si elle fixe le prix des choses au taux où il tendrait à se fixer naturellement, elle n'est bonne à rien ; si elle le fixe au-dessous, elle préjudicie au vendeur ; si elle le fixe au-dessus, elle préjudicie à l'acheteur. Elle ne peut échapper à ces alternatives, non plus qu'au danger d'effrayer à la fois les producteurs, les vendeurs et les consommateurs, et de troubler ainsi les rapports naturels qui s'établissent entre eux sous un régime de liberté. Ainsi la taxe des denrées, que les gouvernements ont quelquefois employée comme moyen d'assurer les subsistances publiques, a toujours eu pour résultat d'augmenter les disettes qu'il voulaient prévenir, en arrêtant la production, et en empêchant les marchands de mettre en vente des choses qu'il leur était défendu de vendre à leur juste valeur. C'est pourquoi, lorsqu'une taxe habituelle frappe une denrée, l'autorité accorde à celui qui la vend une sorte de privilége qui, en lui assurant un droit exclusif de vendre, le dédommage, pendant la hausse, des pertes qu'il a faites pendant la baisse. C'est ce qui a eu lieu notamment

dans le commerce de la boulangerie, où la taxe du pain à produit une limitation nécessaire dans le nombre des boulangers, qui, dans presque tous les grands centres de population, avant le décret du 22 juin 1863 qui a établi la liberté de ce commerce ne pouvaient exercer leur industrie qu'avec la licence de l'autorité municipale. Il en a été souvent de même du commerce de la boucherie.

Le pouvoir attribué à l'autorité municipale, de taxer le le prix du pain et de la viande, a pris son fondement dans l'article 30 de la loi des 19-22 juillet 1791, et dans l'article 9 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790, qui donnent à cette autorité la surveillance du débit des denrées et comestibles exposés en vente, et le droit de faire tous les règlements nécessaires à l'exercice de cette industrie ; et surtout dans l'article 479, n. 6, du Code pénal, qui punit d'une amende de 13 à 15 fr. les boulangers et bouchers qui vendent le pain et la viande au delà du prix fixé par la taxe légalement faite et publiée.

Il résulte d'ailleurs expressément des lois précitées, que le pain et la viande de boucherie étaient les seuls comestibles qui pussent être taxés par l'autorité municipale. Le vin, le blé et toutes autres denrées ou comestibles n'ont jamais pu être assujettis à la taxe. Pour étabir une taxe de cette nature, il faudrait une loi. Mais, dans l'état actuel de la science économique, et après les enseignements de l'expérience, on peut considérer une pareille loi comme impossible.

910. Pour compléter ce que j'avais à dire sur les restrictions ou prohibitions qui limitent le principe de la liberté commerciale, il me reste à parler de l'interdiction prononcée par la loi du 18 novembre 1814, qui fait défense de travailler, de vendre et d'exposer en vente les dimanches et jours de fête. La question est de savoir si cette loi subsiste encore, ou si au contraire elle n'a pas été abrogée tacitement par la Charte de 1830, et les constitutions postérieures.

Une loi qui impose à tous les citoyens l'observance des jours fériés établis par une religion, suppose nécessairement la prééminence de cette religion sur les autres, et le droit

d'asservir tous les cultes aux règles d'un seul. Tel était aussi le droit public français en matière religieuse, lors de la promulgation de la loi du 18 novembre 1814, qui suivit de près la Charte de la même année, dont l'article 6 portait que la religion catholique, apostolique et romaine, était la *religion de l'État*. La loi du 12 novembre 1814 était donc conséquente à ce principe de domination. Mais aujourd'hui il en est autrement. La religion catholique n'est plus la religion de l'État : elle n'était plus, aux termes de l'article 6 de la Charte de 1830, que la *religion de la majorité des Français ;* et cette constatation de fait a même été omise par les constitutions postérieures à la Charte de 1830. Il n'y a donc plus de raison pour astreindre les autres cultes à l'observance de ses préceptes : loin de là, le principe de la liberté et de l'égalité des cultes reprend toute sa force ; et si chacun a le droit d'observer en toute liberté les préceptes de la religion à laquelle il appartient, chacun aussi a le droit de se soustraire à l'observance des préceptes dont il n'admet pas la rigueur, à la seule condition de part et d'autre de ne pas troubler l'exercice de ce droit réciproque. De ce que la religion catholique est celle de la majorité des Français, il en résulte bien que, dans la détermination des jours fériés ou de repos, le gouvernement a dû, pour se conformer aux habitudes du plus grand nombre, adopter les jours déterminés par la religion catholique ; mais il n'en résulte pas que l'observation de la règle du repos et de l'abstinence de tout travail et de tout commerce puisse être imposée à ceux qui, sans troubler le repos des autres, veulent eux-mêmes se livrer au travail. La loi de 1814 reposait uniquement sur le principe de la première Charte, qui, en faisant de la religion catholique la religion de l'État, lui accordait une sorte de domination exclusive ; elle a donc perdu toute son autorité du jour où l'ancien principe a perdu la sienne (1).

C'est donc à tort, il me semble, que la Cour de cassation a jugé, le 23 juin 1838, contrairement aux conclusions de

(1) Voy. en ce sens, MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. IV, p. 510.

M. l'avocat général Hello, et par d'autres arrêts postérieurs, que la loi du 18 juin 1814, sur l'observation des fêtes et dimanches, n'avait point été abrogée, ni par la Charte de 1830 ni par aucune autre loi (1).

Au surplus, et en supposant cette loi encore en vigueur, il està remarquer que, suivant les articles 7 et 8, les défenses de travailler, de vendre et d'exposer en vente, les dimanches et les jours de fête, ne sont pas applicables : 1° aux marchands de comestibles de toute nature; 2° à tout ce qui tient au service de santé; 3° aux postes, messageries et voitures publiques; 4° aux voituriers de commerce par terre et par eau ; 5° aux usines dont le service ne saurait être arrêté sans dommage; 6° aux ventes usitées dans les fêtes et foires patronales ; et au débit de menues marchandises, dans les communes rurales hors le temps du service divin ; 7° au chargement des navires marchands et autres bâtiments du commerce maritime ; 8° aux meuniers et ouvriers employés à la moisson et aux récoltes ; 9° aux travaux urgents de l'agriculture ; 10° aux constructions et réparations motivées par un péril imminent, à la charge, dans ces deux derniers cas, d'en demander l'autorisation à l'autorité municipale. — Ces exceptions peuvent être étendues, par l'administration, aux usages locaux. (Art. 9.) — Enfin, l'article 3 de cette même loi restreint aux lieux dont la population est au-dessous de 5,000 âmes, la défense qu'il adresse aux cabaretiers, limonadiers, etc., de donner à boire et à jouer pendant le temps de l'office divin.

Les prohibitions de travail prononcées par cette loi ne peuvent d'ailleurs être étendues par des arrêtés municipaux. Ses dispositions sont essentiellement limitatives (2).

§ II. — *Des restrictions relatives aux personnes.*

SOMMAIRE. — 911. Patentes. — 912. De la patente pour plusieurs genres de commerce ou d'industrie. — 913. Chaque associé doit être pourvu d'une patente. — 914. *Quid* des associés commanditaires? — 915. De la patente pour le mari et la femme. — 916. *Quid,* au cas de commerce exercé

(1) S., 38, 1. 502. Voy. aussi Cass., 21 déc. 1850, S., 51, 1, 459 ; 16 fév. et 2 juin 1854, S., 54, 1, 688; 10 juill. 1856, S., 57, 1, 77.

(2) Cass., 4 et 19 juin 1857, S., 57, 1, 507. — Le canon 29 du concile de

dans plusieurs communes. — 917. Quelles personnes sont assujetties à la patente? — 918. Les agriculteurs sont dispensés de prendre patente. — 919. Il en est de même des journaliers, ouvriers. — 920. Livrets dont les ouvriers doivent être munis. Peines des maîtres et des ouvriers qui enfreignent les lois relatives aux livrets. — 921. On ne peut refuser ni la patente ni le livret. — 922. Licences des débitants ou fabricants. — 923. Professions dont l'exercice est privilégié. Agents de change et courtiers. 924. — Peines contre ceux qui s'immiscent dans les fonctions des agents de change et des courtiers. — 925. Courtiers d'assurances; courtiers maritimes, etc. — 926. Pharmaciens. — 927. Bouchers et boulangers. — 928. Imprimeurs et libraires. — 929. Portefaix, forts, etc. — 930. Transition à la section suivante.

911. J'arrive maintenant à celles des restrictions qui sont apportées à la liberté du commerce, plutôt relativement aux personnes que relativement aux choses.

L'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, en proclamant la liberté du commerce et de l'industrie, et en disposant qu'il est libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouverait bon, ajoute que cette liberté n'existe qu'à la charge, par ceux qui voudraient en faire usage, de se pourvoir d'une patente. Cette patente est un impôt annuel auquel sont soumis les commerçants, à raison de leur profession. Cet impôt est à la fois fixe et proportionnel. Il est réglé par les lois des 25 avril 1844, 18 mai 1850 et 4 juin 1858, et autres, dont la dernière est du 29 mars 1872. Le droit fixe est généralement basé sur le chiffre de la population locale, le droit proportionnel sur l'importance du loyer, et varie selon la nature du commerce ou des industries, qui à cet effet sont divisées en plusieurs classes.

912. Le patentable ayant plusieurs établissements, boutiques et magasins de même espèce ou d'espèces différentes, est, quelle que soit sa classe ou sa catégorie comme patentable, passible d'un droit fixe entier à raison du commerce, de l'industrie ou de la profession exercée dans chacun de ses établissements, boutiques ou magasins (1).

Laodicée, en 367, n'imposait aux chrétiens l'observation du dimanche, par l'abstinence de tout travail, qu'autant que cela leur était possible, *quatenus potuerunt*. Voy. Fleury, *Hist. ecclés.*, t. III, p. 19.

(1) Loi du 29 mars 1872, art. 1.

913. Les patentes sont personnelles et ne peuvent servir qu'à ceux qui les obtiennent. Il suit de là que chaque associé d'une maison de banque, de commerce ou d'industrie, est tenu d'avoir la sienne. Toutefois l'associé principal paie seul le droit fixe en entier. Le même droit est divisé en autant de parts égales qu'il y aura d'associés en nom collectif, et une de ces parts sera imposée à chacun des autres associés (1). Le droit proportionnel est alors établi sur la maison d'habitation de l'associé principal, et sur tous les locaux qui servent à la société pour l'exercice de son industrie, quant à la maison de chacun des autres associés, elle est affranchie du droit proportionnel, à moins qu'elle ne serve à l'exercice de l'industrie sociale (2).

914. Quant aux associés commanditaires, ils ne sont point tenus de prendre patente.

915. Une seule patente suffit aux maris et aux femmes, même séparés de biens, à moins qu'ils n'aient des établissements distincts, auquel cas chacun d'eux doit avoir sa patente et payer séparément les droits fixes et proportionnels (3).

916. Le patentable qui exerce plusieurs commerces, industries ou professions, dans plusieurs communes différentes, paie le droit proportionnel, dans toutes les communes où sont situés des locaux servant à l'exercice des professions imposables (4).

Quant au patentable qui exploite un établissement industriel mais qui n'y affectue pas la vente de ses produits, il n'est pas imposable au droit fixe de patente pour le magasin séparé dans lequel sont vendus exclusivement en gros les seuls produits de sa fabrication, à moins que la vente n'ait lieu dans plusieurs magasins, auquel cas l'exemption du droit fixe n'est applicable qu'au magasin le plus rapproché du centre de l'établissement de fabrication (5).

(1) L. 26 juillet 1860, art. 19.
(2) Loi du 25 avril 1844, art. 16.
(3) Loi du 25 avril 1844, art. 15.
(4) *Ibid.*, art. 10.
(5) L. 2 août 1868, art. 3.

917. Tout individu français ou étranger qui exerce en France un commerce, une industrie, une profession non compris dans les exceptions déterminées par la loi, est assujetti à la contribution des patentes (1).

L'énumération des professions, industries ou commerces dispensés de la patente se trouve dans l'art. 13 de la loi du 25 avril 1844, modifié depuis par les tableaux annexés aux lois des 18 mai 1850 et 4 juin 1858.

918. Parmi les industriels exemptés se trouvent les cultivateurs, agriculteurs et laboureurs, bien qu'ils puissent, en certains cas, être considérés comme commerçants (2).

919. La loi en affranchit encore les ouvriers travaillant soit chez les particuliers, soit avec des matières qui leur appartiennent, soit à la journée ou à façon, sans compagnon ou apprenti, enseigne ni boutique. On ne considère comme compagnon ou apprenti ni la femme travaillant avec son mari, ni les enfants non mariés travaillant avec leur père et mère, ni le simple manœuvre dont le concours est indispensable à l'exercice de la profession (3).

Et même si l'apprenti avait de moins de seize ans, son concours ne soumet pas à la patente l'ouvrier avec lequel il travaille (4).

920. La patente est remplacée à l'égard des ouvriers par une mesure analogue, consistant dans l'obligation de se pourvoir d'un livret qui leur est délivré par l'administration municipale (5). Le livret diffère de la patente en ce que celle-ci constitue une mesure fiscale, tandis que le livret est une mesure de police qui a pour but, d'une part, de faciliter à l'autorité publique les moyens de surveiller et de protéger, s'il y a lieu, la population ouvrière ; et, d'autre part, l'intérêt particulier des maîtres ou fabricants, en mettant obstacle à ce qu'ils ne puissent soustraire les uns aux autres des ouvriers qui

(1) L. 2 août 1868, art. 1.

(2) Loi du 1er brum. an VII, art. 29 ; loi du 25 avril 1844, art. 13 ; loi du 18 mai 1850, art. 18. — Voy. *suprà*, n. 22.

(3) Loi du 25 avril 1844, art. 13 ; loi 4 juin 1858, art. 11.

(4) L. 2 août 1868, art. 3.

(5) Loi du 22 juin 1854, et décret du 20 avril 1855.

n'auraient pas rempli leurs obligations. Aucun chef ou directeur d'établissement ne peut employer un ouvrier, s'il n'est porteur d'un livret en règle ; le maître doit inscrire sur le livret de l'ouvrier la date de son entrée et ensuite, à l'époque de sa sortie, l'acquit des engagements de l'ouvrier, sans aucune autre énonciation. Les contraventions à ces prescriptions sont punies de peines de simple police et peuvent même donner lieu à des dommages-intérêts (1); mais là se borne la repression dont l'ouvrier et le maître seraient passibles. Un règlement du 29 décembre 1729, et des lettres patentes du 2 janvier 1749, qui prononçaient des amendes contre les ouvriers des forges et manufactures qui quittent leur maître sans congé, et contre les maîtres qui les emploient, me paraissent avoir été implicitement abrogés par la loi sur les livrets, qui, en traçant un système complet sur la matière, a formellement pourvu au cas sur lequel disposaient ces anciens règlements (2).

Il est à remarquer que la défense de recevoir un ouvrier qui ne serait pas porteur d'un livret constatant qu'il a satisfait à ses engagements envers le maître de chez qui il sort, ne regarde que les personnes qui se livrent à des opérations ou entreprises industrielles et commerciales (3). Mais, par contre, celui qui se livre à des opérations ou entreprises de ce genre, ne peut employer des ouvriers qui ne justifieraient pas de l'acquit de leurs engagements envers leur ancien maître, alors même que n'exerçant pas la même industrie, il se proposerait d'employer ces ouvriers à des travaux d'un autre genre (4).

921. Une remarque qui s'applique à la fois aux patentes et aux livrets, c'est qu'on ne peut refuser la patente ni le livret à ceux qui les demandent. Il suit de là que l'obligation d'en être muni n'est qu'une condition de l'exercice de la liberté

(1) Loi du 22 juin 1854, art. à 11.
(2) Cass., 21 juill. 1060, S., 60, 1, 761. — *Contrà*, Bourges, 21 déc. 1837, et 22 sept. 1838, S., 38, 2, 166.
(3) Cass., 30 juin 1836, S., 36. 1. 554.
(4) Cass., 19 juin 1828, S., 9 ; 112. Voy. les art. 1 et 3 de la loi du 22 juin 1854.

du travail et de l'industrie, mais qu'à vrai dire, elle ne porte aucune atteinte à cette liberté.

922. La même remarque s'applique aux *licences* dont doivent être pourvus ceux qui fabriquent ou vendent certains produits soumis au régime des contributions indirectes, notamment les boissons spiritueuses. On appelle licence, l'autorisation de fabriquer ou de vendre ces produits, délivrée par l'administration. Cette formalité, établie dans un intérêt purement fiscal, a pour but de signaler aux agents chargés du recouvrement de l'impôt établi sur les boissons, ceux qui doivent en être atteints, et de leur faciliter les moyens de vérifier les quantités fabriquées ou vendues, sur lesquelles est assis l'impôt.

923. J'ai dit plus haut (1), en parlant des monopoles, qu'il y en avait qui consistaient en ce que certaines professions industrielles ne pouvaient être exercées que par des individus dont le nombre est le plus ordinairement limité, et qui doivent être commissionnés par l'autorité publique. C'est là une des restrictions les plus remarquables qui puissent être apportées à la liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'elle frappe directement sur la personne qui, pourvue d'une capacité naturelle, se trouve paralysée par une incapacité légale. Ces monopoles ne sont donc justes qu'autant qu'ils sont nécessaires.

Parmi les professions dont l'exercice est privilégié, j'ai déjà cité les agents de change et les courtiers. Les uns et les autres sont les intermédiaires officiels du commerce, pour opérer la vente ou la cession des valeurs publiques et particulières susceptibles de négociation; mettre en rapport les vendeurs et les acheteurs d'une même marchandise, et en constater le cours d'une manière authentique. C'est surtout cette constatation authentique qui motive le privilége des agents de change et qui a motivé pendant longtemps le privilége des courtiers. Une autre raison est particulière aux agents de change, dont les fonctions ont principalement pour

(1) Voy. *sup.*, n. 878.

objet, à Paris du moins, la négociation des effets publics, à la sûreté de laquelle il importe qu'il y ait des agents spéciaux chargés par l'autorité supérieure de garantir la sincérité des titres transmis, ainsi que la transmission elle-même.

Une loi du 18 juillet 1866 a supprimé le privilége des courtiers de marchandises. Aujourd'hui, cette profession est libre, mais il n'en est pas ainsi de la profession d'agent de change.

Le nombre des agents de change est déterminé suivant les localités. Ils sont nommés par le roi, par l'empereur ou par le président de la République (C. com., 75). Ceux qui se présentent pour exercer ces fonctions doivent remplir certaines conditions d'aptitude déterminées par l'arrêté du 29 germinal an IX. — Les charges d'agent de change ont en quelque sorte été rendues vénales par la loi de finances du 28 avril 1816, qui donne aux agents de change la faculté de présenter un successeur à l'agrément du chef de l'État, pourvu qu'il réunisse les qualités requises (art. 91) ; la même faculté est accordée aux veuves et enfants des agents de change et courtiers qui décèdent dans l'exercice de leurs fonctions. (Ord., 29 mai 1816, art. 4.) Les titulaires destitués n'ont pas le droit de présenter des successeurs. (Loi 28 avril 1816, art. 91.) — Au surplus, le gouvernement peut, dans tous les cas, refuser d'agréer le candidat, bien qu'il se présente avec les conditions requises (1).

Les agents de change, comme tous les officiers publics dont la responsabilité est pécuniairement engagée, sont soumis à un cautionnement qui varie, suivant l'importance des places de commerce (2). Ce cautionnement est affecté, d'abord à la garantie des condamnations qui peuvent être prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions, en d'autres termes, à la garantie des faits de charge ; ensuite, au remboursement des fonds qui auraient été prêtés à l'agent de change pour tout ou partie de ce cautionnement ; et subsi-

(1) Mollot, *Des agents de change*, n. 84.
(2) Voy. le tableau annexé à l'ord. de 9 janv. 1818.

diairement, au payement par contribution des créances qui seraient exigibles sur lui (1).

924. Le privilége des agents de change est protégé par les peines sévères prononcées contre ceux qui s'immiscent sans droit dans leurs fonctions. La loi du 28 ventôse an IX, art. 8, punit cette immixtion d'une amende qui peut s'élever du douzième jusqu'au sixième du cautionnement fourni par les agents de change de la place, à laquelle la loi du 27 prairial an X, art. 4, ajoute une autre amende fixe de 3,000 fr.

925. Outre les courtiers en marchandises, dont le privilége a été supprimé par la loi du 18 juillet 1866, il y a d'autres courtiers auxquels la loi a donné des attributions spéciales et qui ont conservé leur privilége. Tels sont les courtiers d'assurances, qui rédigent les contrats ou polices d'assurances maritimes, concurremment avec les notaires (2) ; en attestent la vérité par leur signature et certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière (C. com., art. 76); les courtiers de transports par terre et par eau, qui ont seuls, dans les lieux où ils sont établis, le droit de faire le courtage des transports par terre et par eau (C. com., 82) ; les courtiers maritimes, ou courtiers interprètes ou conducteurs de navires, qui font le courtage des affrétements, et qui seuls ont le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissements, contrats, et tous actes de commerce redigés en langues étrangères ; de constater le cours du fret et du nolis; et de servir seuls de truchements (3) à tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseaux et autres personnes de mer, dans les affaires contentieuses de commerce, et pour le service des douanes (C. com., 80), de l'octroi et des contributions indirectes (4). Enfin, il y a, à Paris, des courtiers-

(1) Arrêté du 29 germ. an XIII, art. 12; L. 25 niv. an XIII, art. 1.

(2) Cass., 7 fév. 1833; S., 33, 1, 202; D., 33, 1, 94.

(3) On comprend que les courtiers ne peuvent réclamer leur privilége pour traduire ou servir de truchement qu'autant qu'ils sont assermentés pour la langue étrangère qu'il s'agit d'interpréter. Voy. Cass., 12 janv. 1842, S., 42, 1, 249 et 357.

(4) Ord. de 1681, tit. VII; Lettres patentes des 16 juill. 1776; déc. 21 août 1791; Cass., 19 fév. 1831, S., 31, 2, 82.

gourmets-piqueurs de vins, qui, dans l'intérieur de l'entrepôt, ont le droit exclusif de servir d'intermédiaire entre les vendeurs et les acheteurs, de déguster les vins, de peser les esprits; mais qui, à l'extérieur et en dehors de l'entrepôt, exercent ce droit concurremment avec les courtiers ordinaires (1).

926. D'autres restrictions ont pour cause ou pour prétexte la nécessité d'assurer la santé, la salubrité et la subsistance publiques.

Ainsi, les pharmaciens seuls peuvent se livrer au commerce des préparations médicinales, c'est-à-dire ouvrir une pharmacie, préparer, vendre ou débiter des médicaments; et aux termes de la loi du 21 germinal an XI, nul ne peut être pharmacien s'il n'est pourvu d'un diplôme obtenu après avoir subi des examens et soutenu une thèse sur les connaissances qui sont nécessaires à l'exercice de sa profession. Il est même à remarquer que le propriétaire d'une pharmacie doit nécessairement être muni d'un diplôme de pharmacien : il ne suffirait pas qu'il fit gérer sa pharmacie par un individu pourvu lui-même d'un diplôme (2). D'après la même loi, ceux qui se livrent illégalement à l'exercice de la pharmacie sont passibles d'amende; mais on ne doit réputer exercice de la pharmacie que la vente des médicaments au poids médicinal, c'est-à-dire par parcelles ou doses suivant lesquelles ils peuvent être employés (3) : la vente des médicaments en gros est un simple commerce de drogues qui est parfaitement libre, sauf l'acquit d'un droit de 4 fr. par an, auquel les épiciers et droguistes sont assujettis pour les visites qui sont faites chez eux, à Paris, par les professeurs de l'École de médecine et de pharmacie; dans les départements, par les membres du jury médical, à l'effet de vérifier la qualité des drogues médicinales qu'ils mettent en vente (4).

(1) Déc. 15 déc. 1813, art. 14 et 26; M. Mollot, *Des agents de change et courtiers*, n. 564.

(2) Cass., 23 juin 1859, S., 59, 1, 531.

(3) Art. 36. — Cass., 16 déc. 1836, S., 27, 1, 63.

(4) Arr. 25 therm. an XI, art. 42; L. 23 juill. 1820; Ord. 23 sept. 1820. Voy. la nomenclature annexée à cette ordonnance des substances qui sont considérées comme drogues, et dont la présence autorise la visite chez les

Il a même été jugé qu'un pharmacien ne pourrait s'associer pour l'exploitation de sa pharmacie, avec un individu non pharmacien qui aurait des droits égaux dans la direction de l'établissement (1).

Suivant la loi du 21 germinal an XI, article 32, les pharmaciens ne peuvent cumuler avec leur profession aucun autre commerce. Cependant, cette défense n'étant sanctionnée par aucune peine, il en résulte que, dans l'état actuel de la législation, il n'y a aucun moyen de contraindre les individus qui l'enfreignent à l'observer (2).

927. Les bouchers sont également soumis à des règles qui limitent la faculté d'exercer le commerce des comestibles de première nécessité (3).

Avant le décret du 22 juin 1863, qui a établi la liberté du commerce de la boulangerie, les boulangers étaient soumis à un régime analogue.

928. Le commerce de la librairie et celui de l'imprimerie sont aussi soumis à des restrictions. Mais ces restrictions frappent beaucoup plus sur l'imprimeur que sur le libraire. L'un et l'autre doivent être brevetés par le gouvernement; mais il y a cette différence entre eux que le défaut de brevet est puni chez l'imprimeur par une forte amende, un emprisonnement rigoureux et la destruction de son imprimerie (4); tandis qu'aucune sanction pénale ne garantit l'exécution de la loi qui prescrit aux libraires de se pourvoir d'un brevet (5). Aussi, dans l'état actuel des choses, la profession de libraire peut être considérée comme libre dans le fait, sinon dans le droit.

929. Dans des villes, l'autorité municipale a autorisé soit

épiciers. — Des lois particulières réglementent la vente des substances vénéneuses. Voy. la loi du 19 juill. 1845; l'ordonn. du 29 oct. 1846, et le décret du 8 juill. 1850.

(1) Paris, 27 mars 1862, S., 62, 2, 381.

(2) Cass., 4 juill. 1828, S., 9, 1, 125. Voy. cependant Douai, 22 août 1828. S., 9, 2, 142.

(3) Décr. 31 mai 1807, S., 16, 2, 252. — A Paris, l'exercice de la boucherie est réglé par un décret du 24 fév. 1858.

(4) Loi du 21 oct. 1814, art. 13.

(5) Cass., 18 fév. 1836, S., 36. 1. 339; D., 36, 1, 105, et 7 nov. 1844, S., 44, 1, 823.

par son silence, soit par des dispositions expresses, l'organisation en corporation de certaines classes d'hommes de peine, de forts, de portefaix. Si cette organisation a pour but et pour résultat d'assurer aux membres de la corporation un droit exclusif à certains travaux, de telle sorte que tous autres individus ne puissent s'y livrer, et que le public soit contraint d'employer les privilégiés et non d'autres, je n'hésite pas à dire que cet état de choses est complétement illégal, et contraire au grand principe de la liberté du travail et de l'industrie. Si, au contraire, cette organisation n'est qu'un embrigadement qui n'a d'autre but que de désigner au public ceux que l'autorité locale a jugés les plus dignes de confiance, sans leur conférer aucun droit privatif, ce n'est plus qu'une mesure de précaution qui rentre dans les limites du pouvoir municipal. Cependant, de ce que la police de la voie publique appartient au pouvoir municipal, qui peut prendre toutes les mesures propres à y assurer le maintien du bon ordre, il résulte que les municipalités peuvent défendre à tous autres qu'aux hommes de peine ou portefaix spécialement autorisés à cet effet, soit le stationnement sur les différents points faisant partie de la voie publique, soit l'entrée dans les lieux publics tels que ports, halles ou marchés (1). Mais cette faculté doit être exercée avec prudence : l'expérience a prouvé à quelles catastrophes on s'expose quand on se laisse aller à accorder plus de droits qu'ils n'en peuvent naturellement prétendre à des gens dont la force est quelquefois la seule raison.

930. Tels sont les principaux cas dans lesquels la liberté commerciale et industrielle est affectée d'une manière plus ou moins sensible.

Je passe maintenant aux lois qui ont pour objet principal de protéger cette liberté.

SECTION II. — DES LOIS QUI PROTÉGENT LA LIBERTÉ DU COMMERCE.

SOMMAIRE. — 931. Objet spécial de la section II. — 932. Coalitions. — 933. Coalitions entre marchands et fabricants pour faire hausser ou baisser le prix des marchandises. — 934. Il y a coalition, bien que le concert n'ait

(1) Voy. Cass., 11 sept. 1840, S., 40, 1, 981, et 3 juill. 1852, S., 52, 1, 762.

pas pour objet une chose corporelle, mais une chose incorporelle, telle que le louage de moyens de transport. — 935. Il ne faut pas confondre l'association avec la coalition. — 936. Mais il faut que l'association soit sérieuse. — 937. Coalitions entre les maîtres contre les ouvriers. — 938. Coalition entre les ouvriers. — 939. Quand la coalition constitue-t-elle un délit. — 940-941. Accaparement. — 942. Quand l'accaparement constitue-t-il un délit? — 943. Agiotage. — 944. Conclusion.

931. Je ne m'occuperai pas ici des rapports qui existent entre l'administration publique et le commerce, et qui tiennent au droit administratif, mais seulement des rapports des particuliers entre eux, les seuls qui soient régis par le droit privé, civil ou commercial.

932. La liberté du commerce consiste, non-seulement dans le principe qui la proclame, et dans la faculté générale d'acheter ou de vendre, et d'exercer une industrie que la loi garantit à chacun; mais aussi dans l'obligation naturellement imposée à tous et à chacun, de ne rien faire pour gêner l'exercice de cette liberté, en modifiant, par des moyens artificiels, les conditions de vente et d'achat, qui ne doivent être produites que par le cours naturel des choses et des événements. Je ne suis pas pleinement libre d'acheter, de vendre ou de fabriquer une chose dont le prix est influencé par des circonstances extraordinaires et frauduleuses, et que je ne veux pas vendre moins ou payer plus qu'elle ne vaudrait si ces circonstances n'avaient pas été forcément amenées. Les moyens de produire la hausse ou la baisse artificielle des prix consistent, le plus habituellement, dans la *coalition*, dans l'*accaparement* et dans certaines manœuvres qui sont réprimées par les lois protectrices de la liberté commerciale.

On entend par *coalition* la réunion ou l'association de plusieurs personnes intéressées à un même commerce ou à un même genre d'industrie, dans le but de faire produire à ce commerce ou à cette industrie, par la force, en quelque sorte, et par contrainte, des résultats qu'ils ne produiraient pas s'ils étaient abandonnés à leur mouvement propre et naturel. La coalition tend donc à imprimer au commerce ou à l'industrie qui en fait l'objet, une hausse ou une baisse factice dans les

prix de vente, d'achat ou de fabrication, et à contraindre ainsi la liberté des acheteurs et des vendeurs, en les mettant dans la nécessité d'acheter ou de payer une chose plus ou moins qu'elle ne vaut en réalité : ce qui fait que, dans le premier cas, elle se résout en un vol au préjudice de celui qui achète, et, dans le second cas, en un vol au préjudice de celui qui vend.

Les cas de coalition peuvent se réduire à trois : coalition entre marchands ou fabricants, pour faire hausser ou baisser le prix des marchandises; coalition des maîtres contre les ouvriers, pour faire baisser le prix des salaires; coalition des ouvriers contre les maîtres, pour faire hausser le prix de ces salaires.

933. Il y a coalition entre marchands et fabricants, pour la hausse du prix des marchandises, lorsque les détenteurs d'une même chose concertent de ne pas la vendre, ou de ne la vendre que moyennant un certain prix. Il y a coalition pour la baisse, lorsque ceux qui ont besoin d'acheter une chose s'entendent pour n'en offrir qu'un prix inférieur à sa valeur réelle (1). L'une et l'autre ont le plus ordinairement pour résultat de créer, entre les mains des coalisés, un véritable monopole, en les rendant les maîtres du prix de la chose qu'ils ont achetée, après avoir manœuvré pour en opérer la hausse. « *Monopolium verum et proprium consistit*, dit Ansaldus (2) *in inceptationem mercium, vel pacto inter privatos inito de non vendendo easdem merces in tali loco vel pro tali inferiori pretio.* » La coalition pour la baisse et la coalition pour la hausse se lient donc l'une à l'autre, de telle sorte que, contraires à la liberté commerciale dans leurs résultats particuliers, et faisant violence aux vendeurs et aux acheteurs, elles lui sont encore plus contraires, dans leur résultat commun, en produisant, au profit de quelques-uns, un monopole exclusif auquel sont sacrifiés les intérêts de tous. C'est donc avec raison que la loi pénale, d'accord avec les principes les plus sains de

(1) C. pén., art. 419. — Douai, 13 mai 1841, S., 51, 2, 783.
(2) Discurs. 47, n. 16.

l'économie politique, a mis la coalition des vendeurs au nombre des faits punissables (1).

934. Remarquons qu'il y a coalition pour faire baisser ou hausser le prix d'une même denrée ou marchandise, non-seulement quand cette coalition porte sur la vente ou l'achat d'une chose corporelle et matérielle, mais aussi quand elle porte sur une chose qui, bien qu'incorporelle, fait l'objet d'un commerce réel. Tout ce qui se vend et s'achète est une marchandise; tout commerce a pour objet une marchandise; marchandise et commerce sont synonymes, et faire le commerce et faire la marchandise sont deux locutions dont le sens est absolument le même. Les anciens auteurs français, qui ont écrit sur les matières commerciales, emploient indifféremment le mot *marchandise* et le mot *commerce* (2); les auteurs italiens se servent presque toujours du mot *mercatura* pour signifier commerce et marchandise (3): et les anciennes lois françaises, constitutives de la compétence des juges-consuls, les établissent juges, non des faits de *commerce*, mais du fait de *marchandise* (4) : ce qui prouve que, dans le sens légal, comme dans celui qui est admis par l'usage, le commerce et la marchandise sont une seule et même chose; que tous ceux qui font le commerce font la marchandise, et que toute coalition qui a pour objet un commerce, quel qu'il soit, a nécessairement pour objet une marchandise, et tombe sous le coup de la loi pénale.

Il en est de même, bien que le commerce ou la marchandise dont la coalition tend à faire hausser ou baisser les prix, ait pour objet, non une vente proprement dite, mais le louage d'une chose ou d'un service, parce que le louage n'est pas autre chose, en définitive, que la vente de l'usage d'une chose ou d'un service, et que le louage constitue un commerce tout aussi bien que la vente. On peut citer, pour exemple d'une coalition de ce genre, celle qui a lieu lorsque des entrepre-

(1) Cod. pén., art. 419.
(2) Voy. Cleirac, Savary, Toubeau.
(3) Voy. Casaregis, Ansaldus, Straccha, Scaccia.
(4) Voy. notamment l'édit de Charles IX du mois de nov. 1563.

neurs de messageries baissent, d'un commun accord, le prix des places de leurs voitures, pour amener la ruine d'une entreprise rivale, en la forçant à baisser les siens (1). Par la même raison il y a coalition de la part des principaux négociants d'un port de mer, qui s'entendent avec un certain nombre de capitaines, pour que ceux-ci transportent, pendant un certain temps, leurs marchandises moyennant un fret déterminé, avec stipulation qu'ils ne pourront transporter les autres marchandises des autres négociants, ou celles que les contractants feraient venir pour le compte d'autrui, que moyennant un fret beaucoup plus élevé (2).

935. Au surplus, la coalition entre les détenteurs d'une même chose, denrée ou marchandise, pour amener la hausse ou la baisse des prix, ne pouvant résulter que d'un concert entre plusieurs personnes, ne sauraient exister entre les divers membres d'une société, qui tous se confondent dans le corps social, et sont réputés faire une seule et même personne. Ainsi les membres d'une société commerciale qui, par la réunion de leurs capitaux et de leur industrie, amènent la baisse ou la hausse du prix d'une marchandise, quelque excessives qu'elles puissent être, ne se rendent pas coupables du délit de coalition (3).

936. Mais cette restriction n'est vraie qu'autant que la société est sérieuse, et qu'elle n'a pas été contractée plutôt pour assurer aux associés des bénéfices illicites, en gênant la concurrence, que dans la vue d'une association réelle et des bénéfices licites que peuvent produire les opérations auxquelles les forces réunies des associés leur permettent de se livrer (4).

Ainsi, on devrait considérer comme une véritable coalition, atteinte par la loi pénale, le traité par lequel des fabricants d'une même espèce de marchandises se réuniraient pour exploiter à profit commun les produits de leurs fabri-

(1) Voy. Cass., 9 déc. 1836, S., 37, 1, 881 ; Paris, 17 mai 1850, S., 50, 2, 283. Mais voy. Cass., 16 janv. 1838, S., 38, 1, 241.

(2) Cass., 28 juin 1850, S., 50, 1, 726.

(3) Voy. Cass., 29 janv. 1838, S., 38, 1, 241.

(4) Voy. Cass., 18 juin 1828, S. 28, 1, 224.

ques, en les déposant dans un magasin commun, pour y être vendues à un certain prix, surtout si, par le nombre et la fortune des prétendus associés, la concurrence sur la marchandise, objet de l'association, se trouve écartée, et les consommateurs placés dans la dépendance immédiate des prétendus associés (1).

937. Il y a coalition de la part de ceux qui font travailler des ouvriers, lorsqu'ils se concertent pour forcer l'abaissement des salaires (2).

938. Il y a coalition de la part des ouvriers, lorsqu'ils se concertent pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre ou d'y rester avant ou après certaines heures, et en général pour suspendre, empêcher et enchérir les travaux. Il y a encore coalition lorsque des directeurs d'atelier, des entrepreneurs d'ouvrage ou des ouvriers ont, de concert, prononcé des amendes autres que celles qui ont pour objet la discipline de l'atelier, défenses ou interdictions, ou toutes autres proscriptions, connues sous le nom de *damnations*, ou sous quelque qualification que ce puisse être, soit de la part des directeurs d'atelier ou entrepreneurs contre les ouvriers, soit de la part de ceux-ci contre les directeurs d'atelier ou entrepreneurs, soit les uns contre les autres (3).

939. La coalition, soit des maîtres, soit des ouvriers, échappe à la répression de la loi pénale, si elle n'est que formée et concertée : elle n'est punissable, suivant les articles 414 et 415 du Code pénal, modifiés par la loi du 25 mai 1864, que si elle a été accompagnée de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses. Celle du maître et celle des ouvriers sont punies de la même peine. D'où il suit que le concert, et l'entente préalable soit entre les maîtres, soit entre les ouvriers, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires, bien qu'elle ait ou puisse avoir pour résultat de porter atteinte au libre cours des prix et de produire une

(1) Bourges, 11 août 1826, S., 2, 185.
(2) Cod. pén., art. 416; Loi du 25 mai 1864.
(3) Cod. pén., art. 415 et 416; Loi du 27 nov. 1849.

hausse ou une baisse artificielle, échappe à toute espèce de répression.

940-941. J'ai parlé de l'*accaparement*. L'accaparement est l'achat de la totalité ou presque totalité des marchandises de certaine espèce, existant sur une place, pour spéculer sur le prix de la revente, que le détenteur unique de la marchandise peut déterminer à son gré en imposant sa loi aux acheteurs. L'accaparement produit donc au profit de l'accapareur et au préjudice des vendeurs un véritable monopole. « *Monopolium verum et proprium consistit in inceptationem mercium,* » dit Ansaldus, dans le passage déjà cité. Sous ce rapport, il a de grandes analogies avec la coalition, puisque, comme elle, il est un moyen de dénaturer le prix naturel des marchandises. L'accaparement peut être le fait d'un seul, tandis que la coalition suppose la réunion et l'accord de plusieurs.

L'accaparement est coupable, surtout lorsqu'il s'exerce sur des denrées ou marchandises de première nécessité. Aussi une loi des 26-28 juillet 1793, époque à laquelle les répressions étaient souvent exagérées, punissait de mort ceux qui accaparaient les denrées et marchandises de cette nature. Mais cette loi, bien qu'elle n'ait pas été formellement abrogée, a cessé d'avoir effet avec les circonstances extraordinaires qui l'avaient provoquée. Il y a plus, l'accaparement, quelles que soient les choses sur lesquelles il s'exerce, n'est pas directement atteint et réprimé par la loi pénale : ce n'est en quelque sorte qu'au moyen d'un détour qu'on arrive à sa répression, en lui faisant application de la disposition générale de l'article 419 du Code pénal qui punit de la même peine que les coalisés tous ceux qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, ont opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises (1).

(1) Charlemagne avait été jusqu'à défendre par le capit. 131 du liv. Ier toute spéculation sur le blé et le vin au temps de la récolte. Il n'en permettait l'achat que pour les besoins de l'acheteur : *Quicumque tempore messis, vel tempore vendemiæ, non necessitate, sed propter cupiditatem comparat annonam, vel vinum, verbi gratiâ, de duobus denariis comparat modium unum, et servat usque dùm venundare possit contrà denarios quatuor aut sex, seu amplius, hoc turpe lucrum dicimus. Si hoc propter necessitatem comparat, ut sibi habeat, et aliis tribuat, negotium dicimus.*

942. Il suit de là que l'accaparement ne constitue un délit et ne tombe sous le coup de la loi pénale que lorsqu'il s'exerce par des moyens frauduleux, qu'il a un but coupable et qu'il tend à réaliser un bénéfice illicite. Dans les autres cas, il n'est qu'une spéculation, qui non-seulement est permise comme étant de l'essence même du commerce, mais qui, de plus, peut être fort utile, en retirant de la circulation une marchandise, lorsque son prix trop bas décourage le producteur, pour la remettre dans la circulation, lorsque sa rareté en élèverait trop le prix aux dépens du consommateur (1). Il en est ainsi, bien qu'il s'agisse de choses de première nécessité, alors surtout qu'elles sont tellement abondantes que la partie retirée momentanément de la circulation n'empêche pas qu'il n'en reste suffisamment pour les besoins de tous. « *Non procedit in fructuum monopolio*, dit Scaccia (2), *quando tanta illorum fructuum esset abundantia, ut etiam post cujusque satisfactionem magna adhuc illorum fructuum superesset copia, quia tunc posset unus vel duo simul convenire et emere illos fructus surabundantes. Quâ ratione totius Ægypti inopiæ et fami, quæ post septem lapsos ubertatis annos supervenit, laudabiliter utiliterque occurrit Joseph, aperiendo tunc horrea quæ fertilitatis annis impleverat.* »

943. Enfin, la loi qui interdit les coalitions et les accaparements, interdit aussi l'agiotage, sorte de spéculation qui consiste à combiner des opérations supposées avec des opérations réelles, dans l'unique but de maîtriser le cours de certaines marchandises pour leur faire subir une hausse ou une baisse factice. L'article 419 du Code pénal punit les agioteurs des mêmes peines que ceux qui se rendent coupables de coalition ou d'accaparement.

944. Tel est le tableau général des dispositions qui, après avoir posé le principe de la liberté commerciale et industrielle, ont limité cette liberté, quelquefois sans nécessité, mais souvent aussi dans son propre intérêt.

(1) Say, *Traité d'écon. pol.*, I, 159, note ; et *Cours d'écon. pol.*, I, 319.
(2) § 1, quæst. 7, part. III, limit. 10, n. 18.

LIVRE III

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LA PERSONNE DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 945. Sujet du livre III. — 946. Sa division.

945. Nous avons vu jusqu'à présent ce que c'est que le commerce, et quelles lois le régissent; nous avons vu comment le droit des gens règle, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, les rapports commerciaux des nations; et comment le droit international privé règle les rapports commerciaux des individus appartenant à des nationalités diverses; enfin nous avons jeté un coup d'œil rapide sur les lois qui restreignent ou qui protégent la liberté du commerce et de l'industrie.

De ces notions premières, qui embrassent le commerce dans toutes ses conditions, indiquent les lois générales auxquelles il est soumis, et qui en constituent en quelque sorte le droit public, nous allons descendre à des notions plus particulières, mais non moins intéressantes, sur les lois spéciales qui en règlent l'exercice et en constituent le droit privé.

A dater de ce moment nous entrons, pour n'en plus sortir, dans le droit civil, et dans l'examen de ses rapports avec le droit commercial.

Les personnes, les biens, les contrats, tels sont les trois objets principaux des lois civiles. On peut trouver une division plus scientifique : il n'en est pas de plus claire; et comme elle a été adoptée par le législateur lui-même, nulle ne se prête mieux aux développements qui doivent trouver leur point d'appui dans la loi. Cette division des lois civiles proprement dites peut s'appliquer également aux lois commerciales, puisqu'il y a des personnes qui se livrent au commerce, des choses qui font l'objet du commerce, et des contrats au moyen desquels se fait le commerce.

946. Dans le présent Livre je m'occuperai des commer-

çants et des lois civiles auxquelles ils sont soumis, d'abord en tant que citoyens, et comme exerçant la profession commerciale ; je traiterai ensuite des diverses sortes d'incapacités qui atteignent les individus, relativement au commerce ; enfin je terminerai par l'exposé des règles particulières aux héritiers et aux conjoints des commerçants.

TITRE I

DES COMMERÇANTS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER

QUI EST COMMERÇANT. — QUAND LES COMMERÇANTS SONT-ILS RÉPUTÉS FAIRE ACTE DE COMMERCE?

SOMMAIRE. — 947. Qui est commerçant. — 948. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux en cette matière. — 949. Faits caractéristiques de la profession commerciale. — 950. Qualification commerciale prise ou acceptée. — 951. Preuve contraire. — 952. Distinction. — 953. Qualité attribuée dans des actes de procédure. — 954. Chose jugée. — 955. Celui qui fait le commerce pour le compte exclusif d'un tiers n'est pas commerçant. — 956. Mais celui pour le compte duquel le commerce est fait, est commerçant. — 956 *bis*. Des commissionnaires. — 957. Les débitants de poudre et de tabac sont-ils commerçants? — 958. *Quid* des bouchers et des boulangers? — 959... Des agents de change et des courtiers de commerce. — 960... Des comptables de deniers publics. — 961. Les banquiers sont commerçants. — 962. *Quid* de ceux qui ont pour habitude de prêter de l'argent? — 963. Celui qui fait un commerce illicite peut-il être réputé commerçant? — 964. Application des règles qui précèdent, à l'industrie manufacturière et à l'industrie agricole. — 965. Quand les actes des commerçants sont-ils présumés faits pour leur commerce? — 966. *Quid* des actes des comptables des deniers publics? 967. De l'achat par un commerçant des fournitures nécessaires à sa famille, ou à ses ouvriers. — 968. De l'achat des outils par un artisan, et de l'achat de certains accessoires de l'industrie commerciale ou de l'industrie manufacturière. — 969. Des actes et des dépenses qui ont pour objet des immeubles. Vente, achat, décoration des boutiques et magasins. — 970. Constructions et réparations. — 971. De l'achat d'un fonds de commerce. Renvoi. — 972. Transition.

947. J'ai défini le commerce, une spéculation où l'on achète afin de revendre, et où l'on vend ce que l'on a acheté pour le

revendre ; ou bien encore, où l'on fait les actes nécessaires soit pour arriver à l'achat et à la revente, soit pour les compléter (1). Or, comme le commerçant est celui qui fait le commerce, il semble qu'on doive naturellement en conclure que celui qui achète afin de revendre, ou qui vend ce qu'il a acheté pour le revendre ou qui fait des actes accessoires ou équivalents, est commerçant. Cependant, cette conclusion ne serait pas parfaitement juste. Celui qui achète pour revendre ou qui revend ce qu'il a acheté pour le revendre, fait sans doute acte de commerce; mais il ne suffit pas de faire acte de commerce pour être commerçant. Être commerçant, c'est exercer une profession, c'est par conséquent faire une suite d'actes de la même nature, dont l'ensemble constitue une habitude, qui à son tour constitue la profession. Les commercants sont donc ceux qui font du commerce leur profession habituelle (2). *Quem esse mercatorem demonstrat pluralitas negotiorum*, dit la rote de Gênes (3). *Una mercantia*, dit Balde (4), *non facit mercatorem, sed professio et exercitium* (5).

948. On comprend au surplus qu'en cas de contestation, c'est aux tribunaux à déterminer d'après les faits et les circonstances, et d'après le nombre des actes, si celui à qui est attribuée la qualité de commerçant, ou qui la revendique, a réellement cette qualité (6).

949. Il est d'ailleurs certains faits qui font présumer la qualité de commerçant et qui rendent inutile toute recherche ultérieure du nombre et de la nature des actes caractéristiques de cette profession. Telle est l'ouverture d'un magasin, l'apposition d'enseignes, d'affiches; telle est encore

(1) *Sup.*, n. 3.
(2) Code com., art. 1.
(3) Décis. 37, n. 13.
(4) *De constituto*, n. 8.
(5) Voy. *inf.*, n. 1385.
(6) Cass., 28 mai 1828, S., 9, 1, 102; D., 1, 28, 302 ; Cass., 19 fév. 1850. S., 50, 1, 187 ; Bedarride, t. I, n. 24 ; Alauzet, t. I, n. 1. Mais il en est autrement du point de savoir si certains actes ont ou n'ont pas le caractère d'actes de commerce ; c'est là une question de droit qui n'est pas abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Voy. *sup.*, n. 22 *bis*.

l'autorisation obtenue pour un commerce soumis à la formalité de l'autorisation préalable, le payement de la patente ou des autres impôts spéciaux auxquels les commerçants sont soumis. *Ex unico actu mercatorem non censeri temperandum est*, dit Straccha (1), *nisi unicum actum præcederet professio, seu descriptio in albo, et, ut vulgò dicitur, in matriculâ mercatorum.*

951. Il en est de même de celui qui dans des contrats ou dans des actes de procédure a pris la qualification de commerçant.

950. La qualification résultant de ces faits extérieurs ou de ces actes formerait contre celui qui l'a prise ou acceptée une présomption qui pourrait lui être opposée par tous ceux qui y auraient intérêt tant qu'il n'aurait pas fait la preuve contraire et établi que, s'il a revêtu l'apparence de la qualité de commerçant, il n'en a pas la réalité (2). Mais il pourrait toujours être admis à faire cette preuve parce que, pour être commerçant, il faut faire le commerce, et que l'ordre public s'oppose à ce qu'en prenant faussement la qualité de commerçant, on se mette dans la position exceptionnelle faite en certains cas par la loi aux commerçants (3).

952. Cependant, il est à remarquer que, si celui qui a pris publiquement la qualité de commerçant, ou qui l'a publiquement acceptée, est obligé, pour se soustraire aux charges qui en sont la conséquence, de prouver qu'il n'a pas fait d'actes de commerce, ceux contre lesquels il cherche à se prévaloir de cette qualité, n'en sont pas moins recevables à la lui contester, et à prouver qu'en réalité il n'est pas commerçant. La présomption existe pour eux, mais non contre eux. C'est ce qu'on peut conclure des paroles de Straccha, qui, après avoir dit, comme on vient de le voir, qu'on doit réputer commerçant

(1) *De mercaturâ*, part. I, n. 9 et suiv., p. 342. — Voy. aussi Balde, *ubi sup.*

(2) Voy. Cass., 14 juin 1865, D., 67, 1, 293.

(3) Riom, 17 mai 1809, S., 3, 2, 24; Turin, 20 mai 1807, S., 2, 2, 246; Dalloz, *Répert.*, v° *Commerçant*, n. 99; Merlin, *Rep.*, v° *Consuls des marchands*; Pardessus, n. 79; Bedarride, n. 51; Alauzet, n. 5 et suiv. — V. cependant Paris, 11 germ. an II, S., 1, 2, 126.

celui qui se qualifie ou qui se fait immatriculer comme tel, ajoute que celui qui n'a en sa faveur que cette qualification ou cette immatricule, et qui ne fait pas d'ailleurs des actes de commerce ne peut prétendre aux priviléges et aux immunités des commerçants. *Hæc sententia intelligenda est ut ei qui in albo mercatorum descriptus est, nudum mercatoris nomen consequatur; eo enim solo immunitatibus et privilegiis mercatoribus concessis non fruitur; necesse est enim mercaturæ officium exerceat, ut immunitatibus gaudeat* (1). Celui qui aura pris la qualité de commerçant pourra donc être traduit par les tiers non commerçants devant la juridiction commerciale, sauf à lui à demander son renvoi devant la juridiction ordinaire en prouvant qu'il n'est pas commerçant; tandis qu'il ne pourra demander à être renvoyé devant la juridiction commerciale, si ceux qui l'ont assigné devant la juridiction ordinaire prouvent qu'il ne fait pas habituellement des actes de commerce.

953. Remarquons d'ailleurs qu'on ne doit pas légèrement admettre la présomption qui attribue la qualité de commerçant à un individu sans constatation préalable de ses habitudes commerciales. Il faut un fait positif de la part de celui à qui on l'oppose : il ne suffirait pas d'un fait négatif. C'est donc avec raison qu'il a été jugé par la Cour supérieure de Bruxelles, le 28 janvier 1832 (2), que dans un procès la qualification de commerçant donnée à l'une des parties par les actes de la procédure faits à la requête de l'autre, n'emporte pas nécessairement une reconnaissance de cette qualité qui la rende non recevable à la dénier ensuite.

Il a été également jugé, il est vrai, que celui qui a été qualifié négociant par son adversaire, soit en première instance, soit en appel, et qui comme tel a été traduit, sans réclamation de sa part, devant la juridiction commerciale, ne peut proposer comme moyen de cassation l'incompétence de cette juridiction, fondée sur ce qu'il ne serait pas commerçant (3). Mais ici il s'agissait moins du fond que de

(1) *Ubi sup.*
(2) *Journ. de Bruxelles*, 1832, 1, 24.
(3) Cass., 7 mars 1821, S., 6, 392; D., 2, 710; 26 mars 1855, S., 56, 1, 504. — Voy. dans le même sens. Cass., 10 avril 1867, D., 67, 1, 386.

la forme, moins de la qualité que de la compétence. L'arrêt ne juge pas que celui à qui la qualité de commerçant avait été attribuée avait réellement cette qualité, mais seulement qu'il n'était plus recevable à proposer une exception d'incompétence fondée sur une qualité contraire.

954. Celui à qui la qualité de commerçant a été attribuée par un jugement n'est plus admis à prétendre qu'il n'est pas commerçant quand ce jugement a l'autorité de la chose jugée, conformément à l'article 1351 du Code civil. Ainsi, avant l'abolition de la contrainte par corps, celui qui avait été renvoyé devant la juridiction commerciale par un arrêt passé en force de chose jugée qui lui attribuait expressément la qualité de commerçant, ne pouvait se faire contre un arrêt postérieur qui le condamnait au fond et par corps, un moyen de cassation pris de ce que les définitions de la loi ne permettaient pas de le réputer commerçant (1). Mais il en est autrement si on ne se trouve pas dans les conditions prévues par l'article 1351, par exemple, si la chose demandée n'est pas la même. Ainsi le jugement qui se serait fondé sur ce qu'un individu était commerçant pour prononcer contre lui la contrainte par corps, n'aurait pas l'autorité de la chose jugée en ce qui touche cette qualité de commerçant lorsqu'il s'agirait plus tard de le faire déclarer en état de faillite (2).

955. Si l'habitude de faire des actes de commerce est nécessaire, en thèse générale, pour constituer le commerçant, cette habitude ne suffit pas toujours. Il faut encore que celui qui se livre à ces actes les ait faits pour se procurer des bénéfices personnels. *Mercator is est*, dit Straccha, *qui negotiationis exercendæ* QUÆSTUSVE FACIENDI CAUSA, *merces emit ut vendat* (3). Ainsi celui qui, dans l'unique but de recouvrer des sommes qui lui sont dues, tels que des revenus à échéances fixes et périodiques, serait dans l'habitude de faire traite sur ses débiteurs et de souscrire ainsi des lettres de change, ne

(1) Cass., 7 août 1827., S., 8, 1, 663.

(2) Cass., 4 mai 1842, S., 42, 1, 546; et 19 fév. 1850, S., 50, 1, 187. M. Alauzet,, t. I, n. 8.

(3) *De mercaturâ*, part. I, n. 4.

pourrait être réputé commerçant (1). Ainsi, celui qui n'achète ni ne vend dans la vue d'un bénéfice personnel sur le prix de revente des choses achetées, ne peut pas être considéré comme commerçant, bien que les actes auxquels il s'est livré puissent en eux-mêmes être considérés comme des actes de commerce. C'est pourquoi le commis non intéressé, qui achète et vend pour le compte de son patron, ne peut être réputé commerçant (2).

956. Il suit de là que celui pour le compte et au nom duquel un tiers non commerçant, tel qu'un commis, fait des actes de commerce, est commerçant. Les anciens docteurs n'admettaient cette solution qu'avec réserve ; ils distinguaient le cas où celui au nom duquel agit le commis faisait par lui-même quelques actes de commerce, et celui où il n'en faisait aucun. Dans le premier cas, ils lui reconnaissaient la qualité de commerçant; ils la lui refusaient dans le second. Straccha cite et approuve sur ce point l'opinion d'un grand nombre de docteurs et de glossateurs, notamment celle d'Alciat (3). *Apud Alciatum trac-*

(1) M. Bedarride, t. I, n. 26.

(2) Voy. *sup.*, n. 15. — Bien que les commis ne soient pas commerçants, cependant aux termes de l'art. 634 C. com., les tribunaux de commerce connaissent des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés. Il suit de là que les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître non-seulement des actions des commerçants ou des marchands contre leurs commis à qui ils demandent compte de leur gestion, mais aussi de la demande en paiement de salaires formée par un facteur ou un commis contre le commerçant qui l'a employé, une telle action se rattachant évidemment au trafic de ce commerçant (V. Cass., 15 déc. 1835, S., 36, 1, 333 ; 10 fév. 1850, S., 51, 1, 737 ; et 20 mars 1865, S., 66, 1, 333. — V. aussi MM. Bravard et Demangeat, t. VI, p. 236 et 413). Mais comme les commis ne sont pas commerçants, il en résulte qu'ils peuvent poursuivre le paiement de leurs salaires devant les tribunaux civils en vertu du droit qui appartient aux non-commerçants d'actionner, à leur choix, les défendeurs commerçants devant la juridiction civile ou devant la juridiction commerciale (V. Cass., 22 fév. 1859, S., 59, 1, 321, et Orléans, 9 mars 1869, D., 69, 2, 55. — V. Cependant M. Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 388 et 414). — La compétence attribuée aux tribunaux de commerce à l'égard des facteurs et commis s'applique également aux actions dirigées contre eux par des tiers pour le fait du trafic de leur maître (V. Paris, 13 juillet 1844, S., 45, 2, 165, et Montpellier, 24 janv. 1851, S., 51, 2, 518).

(3) *In lege mercis*, ff., *De verb. signif.*

tatum est, dit-il, *an mercator sit dicique possit ille qui mercaturæ officium per se non exercet, sed institorum operâ, ac servorum utitur ; et putat si nullo modo ipse negotium tractet, verius esse mercatorem non esse ; sed si et ipse aliquando rationes excutiat, ematque et vendat, mercatorem esse non negat* (1). Mais je ne crois pas devoir admettre cette distinction. Celui au nom duquel un commis ou autre mandataire fait le commerce est commerçant, bien qu'il ne fasse personnellement aucun acte de commerce, parce que le fait du mandataire est réputé le fait du mandant.

956 *bis*. Les commissionnaires sont des mandataires d'une espèce particulière qui sont commerçants parce que leur industrie consiste précisément à s'entremettre dans un but de spéculation entre les vendeurs et les acheteurs. Nous examinerons plus tard la situation respective des commissionnaires du commettant et des tiers (2).

957. On peut assimiler à des mandataires qui ne font point des actes de commerce en vendant pour le compte d'autrui, les débitants de tabac et les débitants de poudre. Ces débitants ne font aucune spéculation sur la vente de la marchandise; ce sont des employés ou des préposés du gouvernement, salariés au moyen d'une remise sur le prix du tabac et de la poudre qu'ils reçoivent de l'administration supérieure pour un prix déterminé, et qu'ils ne peuvent livrer aux consommateurs à un prix autre que celui qui est également déterminé par la même administration (3).

Mais si ces débitants ne se bornent pas à vendre, les uns le tabac, les autres la poudre, et s'ils vendent de plus, ceux-là des pipes et des tabatières, ceux-là des ustentiles de chasse, ils peuvent, quant à ces derniers objets, sur l'achat et la revente desquels ils spéculent, être classés parmi les commerçants (4).

(1) *De mercaturâ*, p. 350, n. 66.

(2) Voy. *inf.*, n. 2674.

(3) Bruxelles, 6 mars 1813, S., 4, 2, 268; D., 2, 704; 5 mai 1813, S., 4, 2. 304; D., 2, 705; Colmar, 30 juill. 1814, S., 4, 2, 401.

(4) Rennes, 20 juill. 1814, S., 4, 2, 399 ; Aix, 15 janv. 1825, S., 8, 2, 9. Voy. *Contrà*, les arrêts précités de la cour de Bruxelles. — V. aussi Lyon, 29 août 1861 et Caen 10 juin 1862, S. 62., 2, 507,

958. Quant aux bouchers et aux boulangers, bien que des règlements municipaux puissent déterminer le prix de revente de la viande ou du pain, ils n'en sont pas moins commerçants, parce qu'en achetant les bestiaux et la farine pour revendre de la viande ou du pain, ils spéculent sur le bénéfice que doit leur procurer la revente, et que si ce bénéfice dépend des règlements municipaux qui taxent la marchandise, il dépend aussi de leur industrie et du prix d'achat qui est libre (1).

959. Il y a des mandataires publics et officiels du commerce, dont les fonctions constituent une véritable industrie, et qui dès lors sont considérés comme commerçants : ce sont les agents de change et les courtiers (2), sans doute ce sont des commerçants d'une espèce particulière, puisqu'il leur est interdit de faire aucune opération commerciale en dehors de leurs fonctions, mais leurs opérations qui sont pour eux l'occasion d'un bénéfice personnel, n'en constituent pas moins des actes de commerce, aux termes de l'art. 632. C. com., puisqu'elles consistent en opérations de courtage auxquelles la loi, d'accord avec la nature des choses, attribue un caractère éminemment commercial (3).

960. De ce que l'habitude des actes de commerce n'imprime à celui qui les fait la qualité de commerçant que lorsqu'il se propose un bénéfice personnel, il faut en conclure qu'il en est de même lorsque cette habitude est la conséquence des fonctions publiques de celui qui fait ces actes (4). C'est ainsi que les comptables des deniers publics, obligés de tirer, d'accepter, d'endosser des lettres de change, d'être en rapport de compte courant avec des banquiers, de se livrer à des virements, à des négociations de change, pour opérer leurs payements, ne sont pas commerçants. Ces actes sont bien en eux-

(1) Code com., art. 11 et 632.

(2) Cass., 25 juillet 1864, S., 64, 1, 501. Demangeat et Bravard, t. VI, p. 371. — V. en sens contraire, Cass., 28 fév. 1811, S., 8, 1, 300; Bordeaux, 10 janv. 1863, S., 65, 2, 142; Rennes, 13 avril 1859, S., 60, 2, 96, et M. Beslay. Comm. du Code de com. t. I, 4, 92.

(3) Code com., art. 85.

(4) Code com., art. 634.

mêmes considérés comme actes de commerce, tellement que les fonctionnaires qui les ont faits sont, quant à ces actes, justiciables des tribunaux consulaires (1) ; mais la qualification donnée à l'acte ne s'étend pas à la personne, ou du moins, si les comptables peuvent être considérés comme négociants en ce qui touche l'exercice de leurs fonctions et les actes qui s'y rattachent, cette qualification ne s'étend pas à leurs affaires personnelles, qui restent purement civiles (2). Nous verrons bientôt quel usage on doit faire de cette distinction (3).

961. Ce que nous venons de dire suppose que ceux qui font le commerce de l'argent, tels que les banquiers, sont commerçants (4). La question a été autrefois assez controversée (5) ; mais on a fini par reconnaître que ceux qui, comme les banquiers, ont l'habitude de prêter de l'argent, c'est-à-dire d'en louer l'usage, font un acte éminemment commercial en lui-même, indépendamment des actes accessoires, tels que lettres de change, billets à ordre, escomptes, qui sont la conséquence de l'acte principal, et dont le caractère commercial ne peut pas davantage être contesté.

962. Il n'est pas inutile de faire observer que la qualification commerciale ne peut être appliquée qu'à ceux qui prêtent de l'argent moyennant intérêt. Celui qui prête de l'argent sans intérêt et gratuitement ne peut, quelle que soit la fréquence des actes de cette nature, être considéré comme commerçant, parce qu'il ne fait qu'un contrat de bienfaisance (6), et qu'un contrat de bienfaisance n'est jamais réputé commercial.

963. On s'est demandé autrefois si celui qui fait un commerce illicite peut être réputé commerçant. Les théologiens se sont emparés de la question, et l'ont obscurcie loin de l'éclairer,

(1) C. com., art. 634.

(2) Savary, parère 19, p. 163 ; Pardessus, *Cours de droit comm.*, n. 79.

(3) Voy. *inf.*, n. 966.

(4) Code com., art. 632. — Voy. *inf.*, liv. IV, tit. I, ch. II.

(5) Voy. Straccha, *De mercaturâ*, p. 346, n. 40 ; Troubeau, *Inst. du droit consul.* t. I, p. 277 ; Ansaldus, *Disc. gen. de com.*, n. 53.

(6) Code civ., 1105.

en confondant le point de vue moral et le point de vue légal. Des jurisconsultes ont commis la même erreur, et Straccha, qui résume longuement leurs opinions (1), a beaucoup de peine à arriver à une conclusion qu'il enveloppe dans l'obscurité d'un amas de propositions et de distinctions, dont il est assez difficile de la dégager. Il me semble au surplus que la question ne peut être douteuse. Celui qui fait un commerce illicite est commerçant; l'abus qu'il fait du commerce n'en dénature pas l'usage. Ses actes pourront être annulés, mais n'en seront pas moins des actes de commerce. Le banquier qui perçoit des intérêts usuraires peut être condamné comme usurier; mais les actes qu'il a faits, change, escompte, intérêts, bien qu'infectés d'usure, n'en constituent pas moins des actes commerciaux. Celui qui fait le commerce de la contrebande, soit en qualité d'acheteur et de revendeur, soit en qualité d'assureur, peut sans doute être condanmé comme contrebandier; mais comme dans un cas il fait profession d'acheter pour revendre, et que dans l'autre il tient un bureau ou une agence d'affaires, il doit être considéré comme commerçant. Il faut en effet distinguer le fait en lui-même de l'objet auquel il s'applique, et qui peut le faire considérer comme un fait illicite ou comme un délit. Si le fait en lui-même est commercial, il peut attribuer à son auteur la qualité de commerçant; si l'objet auquel le fait s'applique rend le fait illicite, ce sera un cas de nullité ou même d'application d'une loi pénale; mais cette circonstance accessoire et secondaire ne saurait détruire l'effet principal de l'acte ou de l'ensemble des actes. *Illicitè et injustè mercaturam exercens, id est malus mercator*, dit Straccha (2), *non est propriè mercator, sed abusivè et æquivocè; sicut mala consequentia non est consequentia apud dialecticos.* Mais ce n'est là qu'un jeu de mots scolastique, et une équivoque qui repose sur une confusion entre les ideés et les faits. Dans l'ordre des idées, il est vrai de dire qu'une mauvaise conséquence n'est pas une conséquence, parce qu'il n'y

(1) *De mercaturâ*, p. 344, n. 28 et suiv.
(2) *De mercat.*, p. 345, n. 32.

a d'autre conséquence que celle qui est vraie. Dans l'ordre des faits au contraire, un fait, quelle que soit d'ailleurs sa moralité, est toujours un fait.

Sans doute, les pactes qui à raison de leur caractère immoral ne donnent aucune action à ceux qui y sont intervenus, et desquels ne résulte aucun droit, ne peuvent avoir légalement le caractère d'actes de commerce, et par suite imprimer à ceux qui les ont faits la qualité légale de commerçants. C'est ainsi que ceux qui tiennent des maisons de prostitution ne peuvent être assimilés à des commerçants. Mais cela n'empêche pas, qu'en dehors de ce qui est relatif au fait de la prostitution, ils ne puissent être considérés comme commerçants à raison des choses qu'ils vendent ou fournissent dans leur établissement (1).

964. Tout ce que nous venons de dire en décrivant le commerçant s'applique non-seulement aux faits qui se rattachent directement à l'industrie commerciale, mais aussi à ceux qui se rattachent à l'industrie manufacturière ou agricole, dans tous les cas où ces faits sont de nature à constituer des actes de commerce, suivant les règles qui ont déjà été tracées dans cet ouvrage (2). Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur ces points divers, et d'expliquer comment le manufacturier est commerçant, ni comment l'agriculteur peut le devenir.

965. Jusqu'à présent nous avons recherché ce qui constitue le commerçant; et de cette recherche il est résulté qu'on peut faire des actes de commerce sans être commerçant, puisque celui-là seul est commerçant qui fait habituellement des actes de commerce. Mais il y a entre le non-commerçant et le commerçant cette différence capitale, quant aux actes par eux faits, que c'est au tiers qui prétend qu'un non-commerçant a fait acte de commerce à prouver que l'acte a un but et un

(1) Voy. Colmar, 28 juin 1866, S., 66, 2, 364. Cet arrêt décide qu'un teneur de maison de prostitution fait acte de commerce en achetant des vêtements et autres objets pour les revendre ou les louer aux filles de son établissement.

(2) Voy. n. 18 et suiv., 21 et suiv.

caractère commercial (1), tandis que c'est en général au commerçant qui prétend qu'un acte par lui fait n'est pas commercial, à le prouver. En d'autres termes, les actes faits par un non-commerçant ne sont pas présumés commerciaux, tandis que toute obligation entre commerçants, négociants, marchands ou banquiers est, jusqu'à preuve contraire (2), réputée commerciale, tant qu'un but contraire n'y est pas exprimé (3). *Mutuum a mercatore mercatori factum præsumitur factum et versum in causam mercaturæ* (4). Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait acte écrit de l'obligation ou du contrat pour qu'il soit réputé commercial (5), puisque l'écriture n'est pas nécessaire à la preuve des contrats commerciaux, et que son absence peut au contraire être considérée comme une preuve du caractère commercial de l'acte. Il en est de même des billets souscrits par un commerçant, qui sont censés faits pour son commerce (6).

966. Cette présomption s'applique également aux billets souscrits par les comptables de deniers publics : ils sont censés faits pour leur gestion, à moins qu'une autre cause n'y soit exprimée. Mais elle doit être restreinte aux billets par eux souscrits : les autres actes auxquels ils peuvent se livrer sont au contraire présumés faits pour leurs affaires personnelles.

967. Quant aux commerçants, les présomptions dont il vient d'être question cessent lorsque la cause exprimée ou la cause réelle, quoique non exprimée dans l'acte, est par sa nature tout à fait étrangère au commerce.

Ainsi, les engagements pris par un commerçant pour un payement de denrées et marchandises achetées pour son usage

(1) Sauf, bien entendu, les cas où cet acte est nécessairement commercial, par exemple, lorsqu'il s'agit de lettre de change.

(2) Cass., 20 janv. 1836, S., 36, 2, 494.

(3) Code com., art. 632.

(4) Straccha, *De mercaturâ*, p. 485, n. 4.

(5) Douai, 11 juillet 1821, S., 6, 2, 447; Bourges, 20 mai 1824, S., 7, 2, 373; D., 3, 337; Rennes, 2 juill. et 12 déc. 1838, S., 39, 2, 340 et 528; M. Pardessus, n. 50; M. Nouguier, t. I, p. 334 et suiv. *Contrà*, Poitiers, 22 mai 1829; D., 29, 2, 247.

(6) Code com., 638.

particulier n'ont aucun caractère commercial (1). Mais cette solution ne s'applique qu'aux fournitures nécessaires au commerçant ou à sa famille. On ne pourrait l'étendre aux fournitures qu'il achète pour l'entretien de ses ouvriers et de ses commis ou pour la nourriture de ses chevaux, puisque ces dépenses se rattachent à son commerce et sont le complément de la spéculation qui les rend nécessaires (2).

968. Il suit de là qu'on ne peut classer parmi les choses destinées à l'usage du commerçant et dont l'achat n'a rien de commercial, celles qui sont nécessaires à l'exercice de son commerce ou de son industrie, quoiqu'elles n'en fassent pas l'objet. Cette solution s'applique aux outils ou aux instruments achetés par un artisan ou un manufacturier, aux combustibles employés dans une manufacture, aux vases ou aux enveloppes destinés à contenir des marchandises.

Dans un précédent ouvrage j'avais pensé que l'achat de ces choses n'avait rien de commercial (3), et que ne faisant pas l'objet du commerce ou de l'industrie de l'acheteur, elles ne pouvaient être assimilées aux choses directement employées dans ce commerce. Quoique cette manière de voir ait pour elle l'opinion de plusieurs auteurs (4), un nouvel examen de la difficulté me détermine à l'abandonner et à reconnaître dans les faits ci-dessus énumérés comme exemple, un caractère exclusivement commercial.

(1) Code com., 638.

(2) Lyon, 26 janv. 1838, S., 39, 2, 92 ; Limoges, 22 fév. 1839, S., 40, 2, 57 ; Cass., 29 nov. 1842, S., 43, 1, 85. *Contrà*, Limoges, 2 mars 1837, S., 39, 2, 141.

(3) Dans le *Dictionn. du contentieux comm.*, v° *Acte de commerce*, n. 18.

(4) Carré, *Compét. civ.*, n. 491 ; Locré, *Esp. cod. com.*, t. VIII, p. 276. Il y a aussi des arrêts dans ce sens. V. Bruxelles, 28 nov. 1817, S., 5, 2, 76. Il s'agissait, dans cet arrêt, de la houille achetée par un serrurier pour l'usage de sa forge. — Le contraire a été jugé par la cour de Rennes, le 20 juill. 1814, *ibid.*, 2, 399, relativement au bois acheté pour un boulanger pour la cuisson de son pain. La cour de Rennes a vu dans cet achat un acte commercial. Voy. aussi Caen, 25 mars 1846, S., 46, 2, 481 ; Cass., 1er déc. 1851, S., 52, 1, 23. — M. Pardessus se prononce dans le premier sens au n. 19 de son *Cours de droit comm.*, relativement à l'achat d'outils par un ouvrier, et dans le second sens, au n. 17 du même ouvrage, relativement au combustible acheté par un manufacturier. — M. Orillard, *Compét. des tribunaux de commerce*, n. 257 et suiv., a suivi les distinctions de M. Pardessus.

Il me semble en effet que n'attribuer le caractère commercial qu'à l'achat des choses qui font l'objet direct du commerce ou de l'industrie de celui qui les achète, c'est méconnaître la spéculation accessoire qui s'exerce sur les choses sans lesquelles ne pourraient avoir lieu ce commerce ou cette industrie ; car il n'est pas douteux, d'une part, que dans le prix de revente des choses qui font l'objet principal du commerce ou de l'industrie, figure, comme élément, le prix des choses accessoires achetées pour préparer, pour faciliter cette revente et même pour la rendre possible ; et que, d'une autre part, dans le prix de ces accessoires figure également le profit naturel ou l'intérêt commercial du capital employé primitivement à en faire l'achat. En matière commerciale, aucun contrat n'est présumé gratuit. On ne doit donc pas présumer que le commerçant ou l'industriel fasse gratuitement l'avance de tout ou partie de son capital. L'artisan (1) et le manufacturier doivent trouver dans le prix des objets qu'ils ont fabriqués, le loyer commercial de leurs outils et de leurs machines ; ils doivent aussi trouver dans ce prix la représentation avec bénéfice du capital employé à l'achat du combustible, des vases, des enveloppes. N'est-il pas manifeste que l'épicier qui achète du papier à deux sous la livre, et qui le revend en détail avec sa marchandise dans le poids de laquelle le papier figure comme enveloppe, et au prix de cette marchandise, fait une spéculation dans laquelle il peut décupler le capital employé à l'achat du papier ? L'achat de ces accessoires est donc commercial au même titre que l'achat des matières premières par un manufacturier, et que l'achat des marchandises par un commerçant. Jamais cette maxime vulgaire que l'accessoire suit le principal, n'a reçu une application plus juste et plus rationnelle.

On peut donc poser en principe qu'il suffit qu'une obligation se rattache au commerce de celui qui l'a contractée, et en

(1) Je parle ici de l'artisan qui est en même temps commerçant. Voy. t. I, n. 19. Caen, 24 mai 1826, S., 8, 2, 237 ; Rouen, 17 juill. 1840, S., 40, 2, 388 ; Colmar, 28 nov. 1849, S., 51, 2, 331 ; et Caen, 22 mars 1851, S., 51 2, 205.

un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commer-. C'est en ce sens qu'il a été jugé avec raison par la Cour cassation le 24 janvier 1865, que le contrat d'assurance ntre les accidents des voitures sur la voie publique, souscrit tre une compagnie d'assurances et une entreprise de transports qui s'est fait assurer à raison de la circulation de ses oitures, est un contrat commercial, bien que le contrat ne porte pas sur le transport lui-même, mais sur les risques du transport (1).

969. Parmi les actes qui bien que faits par les commerçants n'ont cependant aucun caractère commercial, il faut classer tous ceux qui ont pour objet la vente ou la location d'immeubles, encore bien que ces immeubles aient une destination commerciale, parce que les immeubles ne peuvent jamais faire l'objet direct d'un commerce (2); mais si l'achat et la location d'un immeuble, par exemple d'une boutique ou d'un magasin, ne constituent pas un acte de commerce, il en est autrement des dépenses faites pour approprier le local au commerce qui doit y être fait, pour l'embellir et l'éclairer (3). L'achat et la location de magasins ont un caractère purement civil, parce que ce sont des contrats qu'on peut appeler *immobiliers;* et nous verrons plus tard que les immeubles ne peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit. Les travaux d'embellissement, au contraire, les dépenses d'éclairage, s'appliquant plutôt au fonds de commerce qu'à l'immeuble, ont, considérés en eux-mêmes, un objet purement mobilier; et comme il n'est pas douteux que le loyer du capital employé à l'embellissement et à l'éclairage d'un magasin s'ajoute au prix des marchandises qui y sont vendues, et devient ainsi un objet de spéculation en même temps qu'un moyen de pousser à la vente des marchandises, il n'est pas douteux non plus que les dépenses faites pour arriver à ce résultat sont

(1) S., 65, 1, 163. Voy. aussi les observations de M. le conseiller Moreau, sur cet arrêt, *ibid.*

(2) Bourges, 15 fév. 1842, S., 42, 2, 21. *Contrà*, Rouen, 28 nov. 1856, S., 7, 2, 280. Voy. *inf.* n. 1382.

(3) Rouen, 9 déc. 1836, S., 39, 2, 300. *Contrà*, Rouen, 6 août 1822, D., 26, 2, 146.

commerciales, au même titre que l'achat des outils, des ustensiles, des vases et des enveloppes.

970. Il a même été jugé que l'achat de tôles nécessaires à la couverture d'une usine constitue de la part de celui qui exerce son industrie dans cette usine un acte de commerce, dans une espèce où il s'agissait de tôles appropriées aux nécessités de l'industrie exploitée dans cette usine (1). Mais il en serait autrement s'il s'agissait de dépenses de construction ou de réparation sans aucun rapport avec le commerce ou l'industrie qui s'exerce dans un immeuble.

971. Ici pourrait se placer la question de savoir si l'achat d'un fonds de commerce est un acte commercial; mais elle sera plus opportunément examinée dans le Livre suivant.

972. Je passe maintenant à quelques explications sur les personnes qui peuvent ou ne peuvent pas faire le commerce.

CHAPITRE II

QUI PEUT ÊTRE COMMERÇANT.

SOMMAIRE. — 973. En principe tout le monde peut faire le commerce. — 974. Différentes sortes d'incapacités ou d'incompatibilités. — 975. Incapacités proprement dites. Renvoi. — 976. Noblesse. — 977. État ecclésiastique. — 978. Magistrats ; avocats ; fonctionnaires. — 979. Consuls. — 980. Agents de change ; courtiers. — 981. L'incompatibilité n'est pas une cause de nullité des actes commerciaux.

973. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ouvre à tous l'accès des professions industrielles et commerciales, à la charge de se conformer aux lois réelles ou personnelles qui régissent chaque espèce de commerce ou d'industrie. Cette charge est une restriction naturelle, ou plutôt une application du principe de liberté qui sert de base à notre organisation sociale et industrielle, et elle ne devient contraire à ce principe que lorsqu'elle dépasse une certaine limite. Nous avons déjà expliqué en quoi consistent ces restrictions (2).

(1) Cass., 11 avril 1851, S., 51, 1, 299.
(2) Voy. *sup.*, n. 870 et suiv.

974. Outre ces restrictions qui sont des conditions d'exercice, il y en a d'autres qui constituent principalement des défenses d'exercer, mais qui, tenant à l'incapacité absolue ou relative de la personne, ont moins pour but et pour résultat de gêner la liberté que d'assurer l'effet des transactions commerciales, en donnant la sanction de la loi à certaines incapacités naturelles, ou d'obéir à des nécessités sociales, en respectant des incompatibilités de position.

De ces incapacités, les unes sont légales, c'est-à-dire fondées sur la loi; et ce sont là les seules incapacités proprement dites: telle est l'incapacité du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, du failli. Les autres sont plutôt des incompatibilités uniquement fondées sur les convenances.

975. Nous entrerons bientôt dans le détail des conséquences des incapacités légales ou proprement dites, et dans l'examen des moyens propres à les faire cesser. Ici, j'ai pour but de m'occuper, non des incapacités résultant d'une absence de qualité ou de pouvoir; mais des incompatibilités résultant de la présence d'une qualité qui exclut à un degré plus ou moins éminent le concours de la profession commerciale.

976. La plus remarquable de ces incompatibilités était celle qui autrefois interdisait le commerce aux gentilshommes. Les lois avaient sur ce point consacré l'usage ou obéi au préjugé (1). Une constitution des empereurs Honorius et Théodose défendait le commerce aux nobles, aux personnes élevées en dignité, et même aux riches : *Nobiliores natalibus, et honorum luce conspicuos, et patrimonio ditiores perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus;* par cette singulière raison qui témoigne du triste état économique de la société romaine, que l'intervention des riches et des puissants dans les relations commerciales pouvait gêner les rapports des marchands et du peuple : *ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.* De telle sorte que, pour échapper aux exigences ou aux vexations des nobles et des

(1) L. 3, *Code de commerciis et mercatoribus.*

riches, il fallait se priver des capitaux qu'ils auraient pu verser dans le commerce.

Une autre constitution de Justinien défendait aux négociants d'embrasser le métier des armes, et réciproquement, à ceux qui l'avaient embrassé, de faire le commerce (1); mais par des raisons politiques, et pour que ceux qui faisaient partie de l'armée fussent prêts à marcher à l'ennemi, et ne fussent pas retenus loin de leurs drapeaux par leurs affaires particulières (2).

Ce qui, sous la législation romaine, était défendu aux nobles par des raisons économiques, leur fut défendu plus tard par des motifs tout différents. Après les invasions qui démembrèrent l'empire romain, l'orgueil nobiliaire fut une des conséquences de la conquête. Au conquérant l'épée, au vaincu le travail (3). Les habitudes commerciales ne pouvaient s'accorder avec les habitudes seigneuriales des nobles qui, retirés dans leurs châteaux, vivaient du produit de leurs terres et des taxes qu'ils prélevaient sur leurs vassaux. Le commerce fut dès lors le partage exclusif des habitants des villes. Ce qui d'abord avait été la conséquence nécessaire de la constitution politique de la société féodale, continua de subsister par la force de l'habitude ou du préjugé, même après que les liens féodaux se furent relâchés. On en vint au point de se demander si les marchands pouvaient être classés parmi les personnes honorables, *inter honoratas personas* (4); et Loyseau (5), tout en leur accordant cette qualification, se croit obligé d'invoquer l'autorité d'Aristote et de Cicéron qui, comme on sait, faisaient cependant peu de cas du commerce et des commerçants. Il les rejette d'ailleurs au dernier rang. « Les marchands, dit-il, sont les derniers du peuple qui por-

(1) L. unic., au Code *Negotiatores ne militent.*

(2) Voy. Perezius sur cette loi.

(3) *Mercator negotiandi causâ per provinciam pertransiens, gladium suum sellæ suæ alliget, vel super vehiculum ponat, non ut quem lædat innocentem, sed ut a prædone se defendat.* Lib. II, tit. XXVII, *feudorum*, § 5.

(4) Straccha, *De mercaturâ*, p. 354, n. 17.

(5) *Des ordres*, p. 51, n. 45 et suiv.

tent qualité d'honneur, étant qualifiés *honorables hommes, honnêtes personnes et bourgeois des villes.* »

Au surplus, les nobles s'interdisaient le commerce plutôt qu'il ne leur était interdit : le commerce en gros et celui de mer leur étaient spécialement permis, particulièrement par les édits de 1669 et 1701 (1). Ils pouvaient aussi faire le commerce sous le nom d'un tiers, et par commission (2); ce qui donna naissance à la société en commandite. Le commerce de détail seul les faisait déroger; mais cette dérogation même n'était que temporaire; et si, tant qu'ils faisaient le commerce, ils pouvaient être privés de certains priviléges, ils les recouvraient quand ils cessaient de le faire : *In plerisque locis*, dit Ansaldus (3), *imo et de jure, mercatura potius temporaliter mortificat quam pœnitus extinguit nobilitatem, ideoque eadem nobilitas cessatâ mercaturâ potius à somno quam à morte excitatur.*

Du reste, quoique l'usage ou le préjugé qui éloignait les nobles du commerce, fût à peu près général, il y avait cependant quelques contrées qui avaient su se soustraire à son empire. Telles étaient notamment les républiques italiennes. Dans ces cités, qui avaient pacifiquement conquis tant de puissance et tant de richesses par le commerce et le travail, les attributs de la noblesse n'étaient pas ceux de la guerre, mais ceux du commerce et de la paix (4).

Aujourd'hui, la liberté du commerce et de l'industrie ouvre aux nobles comme à tous les autres citoyens la carrière commerciale, et il n'y a plus aucun préjugé qui la leur ferme.

977. Nos anciennes lois françaises (5), d'accord en ce point avec les canons de l'Église (6), défendaient le commerce aux

(1) Ansaldus, *Disc. gen. de com.*, n. 73 et 74.

(2) Tiraqueau, *De nobil.*, cap. XXVII, n. 7 et 33 ; le card. de Luca, *De præeminentiâ*, disc. 32, n. 15.

(3) N. 81.

(4) Ansaldus, *ibid.*, n. 75 et suiv. ; Scaccia, *De commerciis*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 17, n. 22 ; Roccus, *De societ. mercat.*, note 64, n. 133 et suiv.

(5) Édit de 1707 ; arrêt du conseil des 12 juillet 1721 et 28 juin 1755 ; arrêt du parlement de Paris du 4 août 1743. Voy. Bouchel, *Bibliothèque canonique*, t. I, p. 44.

(6) *Nemo militans Deo implicat se negotiis secularibus.*

ecclésiastiques, qui doivent éviter toute occasion de péché, *et hanc occasionem inseparabilem habet mercatura*, dit Scaccia (1). Aussi saint Jérôme recommandait de fuir comme la peste un clerc qui faisait le commerce : *negociatorem clericum quasi quamdem pestem fuge* (2).

Aujourd'hui, les prohibitions des canons subsistent toujours, et, dans l'ordre religieux et disciplinaire, il est défendu aux ecclésiastiques de faire le commerce ; mais dans l'ordre civil, il n'y a plus de lois qui le leur interdisent. Il n'y a donc pas d'incompatibilité légale entre les fonctions sacerdotales et le commerce : c'est une incompatibilité de pure convenance.

978. Les convenances ou des règlements particuliers défendent aussi le commerce aux magistrats, aux avocats (3). Il y a certains commerces défendus à certains fonctionnaires. Tels sont les officiers ou administrateurs de la marine (4) ; les fonctionnaires ou agents du gouvernement auxquels il est interdit de prendre un intérêt aux adjudications, entreprises ou régies dont ils ont la direction, ou à l'affaire dont ils sont chargés de faire ordonnancer le payement (5) ; les commandants des divisions militaires, des départements, des places ou des villes ; les préfets ou sous-préfets auxquels il est défendu sous peine d'une amende ou de la confiscation, de faire le commerce des grains, grenailles, farines, vins ou boissons, autres que ceux provenant de leurs propriétés (6).

979. Nous avons déjà vu que les consuls en pays étranger ne peuvent être commerçants (7).

980. Enfin, il y a certaines fonctions, telles que celles d'agents de change et de courtiers, qui, bien qu'elles attribuent à ceux qui en sont revêtus la qualité de commerçant, leur interdisent néanmoins de se livrer à d'autres actes de com-

(1) *Ubi sup.*, n. 23.
(2) Straccha, p. 369, n. 4.
(3) Ord. 20 nov. 1822, art. 42. Édit de mars 1765.
(4) Ord. 31 oct. 1784, art. 9; arr. 2 prair. an XI.
(5) C. pén., art. 175.
(6) C. pén., 176.
(7) Voy. *sup.*, n. 453.

merce que ceux qui ressortent de la nature même de ces fonctions (1).

981. Il est d'ailleurs une remarque essentielle et qui s'applique à tous les cas d'incompatibilité qui précèdent ; c'est que les personnes à qui le commerce est interdit et qui s'y livrent cependant, encourent seulement les peines prononcées par les règlements de leur ordre ou de leur profession. Mais leurs engagements commerciaux n'en sont pas moins valables, obligatoires pour elles-mêmes et opposables aux tiers. Il y a plus : comme l'incompatibilité, empêchement purement relatif, ne produit pas l'incapacité, ces engagements sont valables, non-seulement comme engagements civils, mais encore comme engagements commerciaux, de telle sorte qu'ils entraînent contre ceux qui les ont pris toutes les conséquences commerciales, et spécialement la compétence exceptionnelle des tribunaux de commerce (2). *Clericus mercaturam exercens*, dit Straccha, *mercaturæ causâ coràm consulibus conveniri potest; et idem juris est in militi mercatore* (3).

TITRE II

DES COMMERÇANTS CONSIDÉRÉS COMME CITOYENS.

SOMMAIRE. — 982. Sujet du titre II. — 983. Divison.

982. La loi civile saisit l'homme à sa naissance, le conduit pendant sa vie, et ne l'abandonne à sa mort que pour continuer sa personne dans ses représentants ou ses héritiers. Elle détermine sa nationalité, sa capacité, ses droits et ses devoirs

(1) C. com., art. 85. — Voy. *sup.*, n. 495.

(2) M. Pardessus, n. 76 ; M. E. Vincens, *Législ. com.*, t. I, p. 142 ; Bravard, *Droit comm.*, t. I, p. 65 ; Bellay, *Comment. du code de comm.*, t. I, n. 106.

(3) *Quomodo in causis mercatorum procedendum sit*, p. 482, n. 19. — Voy. Toubeau, t. I, p. 291 et 314. Voy. aussi Cass., 5 juill. 1837, S., 37, 1, 928 ; Montpellier, 11 mai 1844, S., 44, 2, 351 ; Cass., 9 août 1849, S., 49, 1, 617 ; Rennes, 11 mars 1851, S., 51, 2, 353 ; Paris, 2 fév. 1855, S., 55, 2, 483.

comme citoyen (1), époux et père. Avant d'être commerçant, le commerçant est citoyen ; etsi, en qualité de commerçant, il se trouve à certains égards dans une position plus ou moins exceptionnelle, il reste cependant soumis à l'empire des lois civiles qui règlent l'état et la capacité active et passive des citoyens.

983. Ici je me propose d'examiner les droits et les devoirs généraux qui résultent de la nationalité ; de poser quelques principes sur le domicile qui se rattache à la nationalité, sans en être cependant la condition indispensable; et d'indiquer les règles spéciales au mariage des commerçants : ce qui placera dans un même cadre, à côté de notions générales relatives à la qualité de citoyen, les notions particulières relatives à l'acte le plus important de la vie civile.

Les règles spéciales à la capacité civile des citoyens, relativement au commerce, et les droits des conjoints et des héritiers des commerçants, feront l'objet d'un examen ultérieur.

CHAPITRE PREMIER

LA NATIONALITÉ. — COMMENT S'ACQUIERT, SE CONSERVE ET SE PERD LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

(1) J'emploie ici le mot citoyen dans un sens plus général que l'art. 7 du Code civil, qui distingue la qualité de citoyen de celle de Français. Je prends ce mot comme synonyme de Français, et comme exprimant la nationalité.

984. En règle générale, l'exercice des droits civils est attaché à la nationalité. Le Français seul a de plein droit l'exercice des droits civils (1). L'étranger n'en jouit qu'exceptionnellement, en certains cas et suivant certaines conditions.

Nous avons déjà vu (2) comment l'étranger est admis à l'exercice des droits civils et en quoi consistent ces droits civils. Nous avons vu aussi que le commerce étant du droit des gens, il n'est pas nécessaire pour faire le commerce d'avoir l'exercice des droits civils, ni par conséquent d'être Français. Néanmoins, comme la qualité de Français peut être nécessaire pour l'accomplissement de certains actes, ou l'obtention de certaines fonctions accessoires aux opérations commerciales proprement dites, et que, d'un autre côté, l'exercice des opérations de commerce n'est pas sans influence sur la nationalité, nous allons examiner ici comment s'acquiert la qualité de Français, et comment elle se perd.

985. On est Français par droit de naissance, et on le devient par l'effet de la naturalisation.

Les individus nés, soit en france, soit en pays étranger, de parents français, sont Français par droit de naissance (3).

Les individus nés en France de parents inconnus, sont assimilés à ceux qui sont nés de parents français (4).

Sont également Français tous individus nés en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, ils ne réclament la qualité d'étranger, par la déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de leur naissance, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger (5). Cette réclamation leur fait perdre la qualité de Français qu'ils avaient de

(1) C. civ., art. 8.
(2) *Sup.*, n. 499.
(3) C. civ., art. 10.
(4) M. Demolombe, t. I, n. 154.
(5) Douai, 18 déc. 1851, S., 55, 22, 63. Voy. aussi Trib. de la Seine, 23 avril 1850, S., 50, 2, 465.

plein droit par le fait de leur naissance, et leur fait acquérir la qualité d'étranger (1).

Les enfants nés en France de parents étrangers sont assimilés à ceux qui sont nés en France de parents français ou inconnus, pourvu que dans l'année qui suit leur majorité ils réclament la qualité de Français ; que dans le cas où ils résident en France, ils déclarent que leur intention est d'y fixer leur domicile, et que dans le cas où ils résident en pays étranger, ils fassent leur soumission de fixer en France leur domicile, et qu'ils l'y établissent dans l'année, à compter de l'acte de soumission (2).

On doit encore leur assimiler 1° les enfants nés en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, à la charge par eux de remplir les conditions imposées à celui qui est né en France d'un étranger (3) ; 2° les enfants de l'étranger naturalisé Français, quoique nés en pays étranger, qui étant mineurs au moment de la naturalisation, ont, dans l'année de leur majorité, rempli les conditions déterminées par l'article 9 du Code civil (4) ; les enfants majeurs de l'étranger naturalisé nés en France ou à l'étranger à la charge de remplir les conditions de l'article 9 du même Code dans l'année, à compter de la date de la naturalisation (5).

986. La nationalité, soit qu'elle résulte du lieu de la naissance, soit qu'elle résulte de la filiation, s'établit par l'acte de naissance.

(1) Loi du 7 fév. 1851, art. 1.

(2) C. civ., art. 9. Dans l'ancien droit, l'enfant né en France d'un étranger était de plein droit investi de la qualité de Français. V. Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VI, sect. 4, n. 5 ; Daguesseau, 8e plaidoyer ; Pothier, *Des personnes*, tit. II, sect. 1 ; Denizart, v° *Français ;* Guyot, *Répert.*, v° *Étranger ;* Cass., 8 therm. an II, S., 1, 1, 842 ; 15 juill. 1840, S., 40, 1, 900 ; Douai, 1er fév. 1855, S., 55,2, 591 ; Cass., 5 mai 1862, S., 62, 1, 658.

(3) C. civ., art. 10.

(4) Loi du 7 fév. 1851, art. 2.

(5) *Ibid.* La loi du 7 fév. 1851 porte textuellement : *Dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation*, ce qui semblerait accorder un délai de deux ans à ceux qui sont majeurs lors de la naturalisation de leurs parents étrangers. Mais c'est là, nous le croyons, une erreur de rédaction : l'année doit, dans ce cas, avoir pour point de départ la naturalisation, comme dans

En France, les actes de naissance, comme tous les autres actes de l'état civil, sont reçus par les maires et adjoints qui sont officiers de l'état civil.

En pays étrangers, ces actes, lorsqu'ils concernent des Français, peuvent être reçus, concurremment avec les magistrats du pays, par les consuls ou les agents diplomatiques (1).

En mer, ces actes sont dressés par les capitaines des bâtiments auxquels la loi attribue, dans ce cas, les fonctions d'officiers de l'état civil (2).

987. Celui qui n'est pas Français, soit par le sang, soit par le lieu de naissance, peut le devenir.

L'étrangère qui a épousé un Français suit la condition de son mari, et devient par conséquent Française (3). Cette qualité, acquise par le fait du mariage, ne peut plus lui être enlevée par la dissolution de ce même mariage (4).

Bien que ce soit la femme qui suive la condition du mari, et non le mari qui suive la condition de la femme, cependant un arrêté des consuls, du 14 fructidor an VIII, veut que les marins étrangers, résidant en France et naviguant sur les bâtiments de commerce français, soient assujettis à servir sur les vaisseaux de l'État, s'ils ont épousé une Française. Il semble résulter de là que, dans ce cas, ce n'est plus la femme qui suit la patrie du mari, et que c'est au contraire la femme qui lui donne la sienne. Mais c'est plutôt une apparence qu'une réalité. Ces marins sont considérés comme marins français, mais non commme citoyens français, c'est-à-dire que, traités comme Français en tout ce qui regarde l'inscription maritime, ils sont étrangers sous tous les autres rapports (5).

988. On devient Français par la naturalisation. La naturalisation résulte des lettres octroyées par le gouvernement (6)

l'autre cas, elle a pour point de départ la majorité. V. nos annotations sur Zachariæ, t. Ier, § 53, note 13.

(1) C. civ., art. 47 et 48; ord. 23 oct. 1833.

(2) C. civ., art. 49 et suiv.

(3) C. civ., art. 12.

(4) V. Zachariæ, *Droit civ. français*, Ed. Massé et Vergé, t. I, § 56; MM. Aubry et Rau, t. I, § 73; et Cass., 22 juillet 1863, S., 63, 2, 480.

(5) M. Beaussant, *Code maritime*, t. I, p. 47.

(6) Un décret transitoire du 12 sept. 1870, autorise le ministre de la jus-

à l'étranger qui, après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et qui y a résidé de fait pendant trois années, à compter de cette autorisation (1), à moins que ce délai de trois ans n'ait été réduit à une année en faveur de l'étranger qui aurait rendu à l'État des services importants, qui aurait apporté dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui y aurait formé de grands établissements (2).

Il y a des exemples de naturalisation accordée en masse. C'est ainsi que Charles IX, par lettres-patentes en date du 13 mars 1567, naturalisa tous les étrangers habitant Calais, pourvu qu'ils ne fussent point Anglais (3). C'est ainsi également qu'un decret du 24 octobre 1870 a déclaré citoyens français les israélites indigènes des départements de l'Algérie.

Les habitants d'un pays réuni à la France deviennent Français par le seul fait de cette réunion.

Aux termes d'une ordonnance du mois d'avril 1687, les marins étrangers qui avaient servi pendant cinq ans la France cessaient d'être aubains ou étrangers, pourvu toutefois qu'ils fussent catholiques. Mais les lois nouvelles qui déterminent les conditions et la forme de la naturalisation ont nécessairement abrogé l'ancienne disposition de cette ordonnance.

989. De même que la qualité de Français peut s'acquérir, de même aussi elle peut se perdre

Elle se perd par la naturalisation du Français en pays étran-

tice à statuer sur les demandes de naturalisation sans prendre l'avis du conseil d'Etat.

(1) Const. du 22 frim. an VIII, art. 3 ; décr. du 17 mars 1809 ; avis du Cons. d'Etat des 18-20 prairial an XI ; Loi du 13 nov. 1859 ; Loi du 29 juin 1867. Le délai de trois ans auquel cette dernière loi réduit la durée de la résidence requise, était de dix ans aux termes de la loi antérieure du 13 nov. 1849.

(2) Sénatus-consulte du 26 vendém. an XI. Pendant la dernière guerre un décret du gouvernement de la défense nationale, en date du 26 octobre 1870, a même dispensé de ce délai les étrangers qui auraient pris part à cette guerre pour la défense de la France. Un décret postérieur, du 19 nov. suivant, a réglé les conditions à remplir et les formes à suivre pour que cette naturalisation exceptionnelle soit régulièrement octroyée. — Voy. sup., n. 499.

(3) Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. VIII, n. 15.

ger : *Civilitas plurium locorum est incompatibilis*, dit très-bien Ansaldus (1);

Par l'accetaption non autorisée par le Gouvernement de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (2);

Par l'acceptation non autorisée par le gouvernement du service militaire chez l'étranger (3), ou par l'affiliation à une corporation militaire étrangère (4);

Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour (5);

Enfin, par un démembrement du territoire qui fait passer les individus qui l'habitent sous l'empire d'une souveraineté étrangère.

Il faut remarquer, en ce qui touche la perte de la qualité de Français par l'acceptation non autorisée par le gouvernement de fonctions publiques ou du service militaire en pays étranger, qu'on ne doit pas assimiler à cette acceptation le service pris en temps de paix par des marins français sur des navires de commerce étrangers. Ils sont seulement passibles des peines prononcées par une ordonnance du 31 octobre 1784, qui consistent en quinze jours de prison et deux ans de service extraordinaire à demi paye; peines qui sont réduites à huit jours de prison et six mois de campagne pour ceux qui reviennent dans les six mois, à dater de leur départ (6). Les anciennes ordonnances, infiniment plus sévères, punissaient de mort ou de galères à perpétuité les marins français qui *s'habituaient* en pays étranger (7).

Quant aux Français qui, sans prendre du service dans la marine militaire de l'étranger, prennent sans autorisation du service sur des bâtiments étrangers armés en course, ils peuvent être condamnés comme pirates (8); mais je ne crois

(1) *Discursus legales de commercio*, disc. 10, n. 21. — C. civ., art. 17.
(2) C. civ., art. 17.
(3) C. civ., *ibid.*
(4) C. civ., art. 21.
(5) C. civ., art. 17.
(6) M. Beaussant, *Code marit.*, t. I, p. 45.
(7) V. la loi du 4 juin 1858, art. 313 et suiv.
(8) Loi du 10 av. 1825, art. 19.

pas qu'ils perdent la qualité de Français. La course n'est pas un service public, ce n'est qu'une industrie privée.

990. Nous venons de voir que la qualité de Français se perd par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. Celui qui s'établit en pays étranger avec l'intention d'abandonner sa patrie et d'adopter une patrie nouvelle, sans esprit de retour, perd tous les droits de nationalité auxquels il pouvait prétendre. Mais les liens qui rattachent l'homme à sa patrie sont si forts et si naturels, qu'on ne présume jamais l'intention de les rompre (1). Il faut donc prouver contre celui auquel on oppose un établissement en pays étranger, qu'il s'y est établi sans esprit de retour, ou qu'il s'y est *habitué*, comme dit Bacquet (2).

Aux termes de l'article 1er d'une ordonnance sur les consulats du 18 novembre 1833, les Français résidant en pays étranger doivent, pour justifier leur esprit de retour et jouir des droits et priviléges attachés à la qualité de Français, se faire inscrire sur un registre matricule ouvert à cet effet dans la chancellerie de chaque consulat. Néanmoins, je ne crois pas que l'omission par le Français résidant dans l'arrondissement d'un consulat de se faire inscrire sur ce registre, pût faire contre lui preuve complète de l'abandon de sa nationalité, ou d'un établissement sans esprit de retour. Seulement ce serait à lui à suppléer à la preuve légale dont il se serait volontairement privé par des preuves nouvelles, en l'absence desquelles il pourrait être considéré comme dénationalisé (3).

991. Au surplus, quand il s'agit d'un établissement de commerce, la loi présume toujours l'esprit de retour. Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprist de retour, dit l'article 17 du Code civil. Cette règle est fondée sur la nature des choses et sur les nécessités du commerce qui attirent les commerçants

(1) Casaregis, disc. 117, n. 2 ; Ansaldus, disc. 10, n. 14.

(2) *Droit d'aubaine*, ch. XXXVII, n. 8 et suiv.

(3) Voir le *Guide pratique des consulats*, par MM. de Clercq et de Vallat, t. I, p. 330.

là où la fortune paraît leur sourire (1), sans que jamais ils renoncent à leur patrie, dans laquelle leur espoir est de revenir un jour jouir des produits de leur industrie (2). Le Code ne fait ici que traduire en règle ce qui était déjà admis par l'usage de tous les peuples commerçants : *Habitatio accidentaliter facta in aliquo loco*, dit Casaregis (3), *pro ibi exercendo mercaturam non sufficit ad acquirendum incolatum illius loci.* Cependant Casaregis (4), et avant lui Ansaldus (5) donnaient à cette règle une limite qu'elle ne pourrait plus recevoir aujourd'hui, et la restreignaient aux commerçants qui, en se transportant dans un lieu, n'y amenaient pas leur famille, et n'y avaient pas d'établissement fixe : *A quelle specie di mercanti, che se transferiscono in uno luogo, e senza la loro famiglia, e senza stabilimento di casa positiva; ma non gia rispetto à quelli che si transportano in un luogo e vi perseverano con tutti le premesse circostanze, senza haver beni nell' luogo dell' origine, ne alcuna altra participazione delli pesi, ò cariche della detta sua origine* (6). La généralité des termes de l'article 17 du Code civil embrasse tous les établissements de commerce, quelles que soient d'ailleurs leur importance et leur fixité.

Il y a plus : pour former un établissement commercial, il faut souvent s'astreindre à l'observation de certaines lois locales, qui paraissent rattacher le Français à un gouvernement étranger, bien que le Français n'ait d'autre but que d'obtenir la protection dont il a besoin. Cette soumission aux lois locales ou aux conditions qu'elles imposent, n'empêche pas l'établissement de commerce d'être considéré comme fait avec esprit de retour. La loi française, en disposant que les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme faits sans esprit de retour, a dû permettre aux Français qui forment des établissements de cette nature en pays étranger,

(1) *Mercatores solent proficisci quò illos spes lucri invitat.* Casaregis, disc. 199, n. 7.

(2) Exposé des motifs du titre premier du Code, par M. Treilhard.

(3) Disc. 179, n. 13. — Voy. aussi Ansaldus, disc. 41, n. 20.

(4) *Loc. cit.*

(5) Disc. 10, n. 16 et 17.

(6) Ansaldus, *loc. cit.*

de se soumettre aux conditions prescrites par les lois locales, même à celles qui peuvent être contraires en apparence à l'esprit de retour (1).

Parcourons quelques exemples.

992. En Angleterre, l'étranger ne peut acquérir d'immeubles, ni même les prendre à loyer, ni établir une usine ou une manufacture, s'il n'a préalablement obtenu des lettres de dénization. Ces lettres de *dénization* qui, bien que distinctes de la naturalisation, soumettent cependant celui qui les obtient à la domination anglaise, et l'assimilent jusqu'à un certain point aux indigènes (2), peuvent-elles être considérées, de la part du commerçant français, à qui elles sont octroyées, comme un abandon de sa nationalité et contraires à la présomption d'esprit de retour que la loi établit en sa faveur?

Il y a ici deux choses à examiner : d'abord si la dénization peut être assimilée à une véritable naturalisation, d'où résulte la perte de la qualité de Français, par application de la première disposition de l'art. 17 du Code civil; ensuite, si cette dénization est exclusive de l'esprit de retour.

La première question s'était déjà présentée sous l'empire de l'ancienne législation, et un arrêt rendu par le parlement de Rouen le 8 août 1647, l'avait résolue en faveur du Français. « On trouva, dit Basnage, qui rapporte cet arrêt (3), que les lettres de dénization n'étaient pas de véritables lettres de naturalité, parce qu'elles n'avaient pas été passées au parlement d'Angleterre, formalité sans laquelle on ne peut devenir

(1) « Les Français, autres que les émigrés, disait le premier Consul au conseil d'État, lors de la discussion de l'art. 17, ne vivent chez l'étranger que pour pousser leur fortune : les actes par lesquels ils paraissent se rattacher à un autre gouvernement ne sont faits que pour obtenir une protection nécessaire à leurs projets. Il est dans leur intention de rentrer en France quand leur fortune sera achevée : faudra-t-il les repousser?... » *Procès-verb.*, t. I, p. 45.

(2) Voy. *sup.*, n. 502. — M. Okey, *Droits des étrangers dans la Grande-Bretagne*, p. 80 ; M. Westoby, *Législ. anglaise*, p. 40 et suiv. — Selon M. Colfavru, les rigueurs de la loi anglaise seraient considérablement modifiées par les mœurs publiques et l'esprit national. *Droit commercial*, comparé de la France et de l'Angleterre, p. 12.

(3) Sur l'art. 235 de la Coutume de Normandie.

sujet anglais. » C'est d'après ce même principe que la question doit être résolue aujourd'hui. La naturalisation en pays étranger ne fait perdre la qualité de Français, que parce qu'on ne peut être à la fois citoyen de deux États, ni avoir deux patries : *Duarum civitatum civis nemo esse potest* (1). Il faut donc, pour que cet effet soit produit, une naturalisation parfaite, c'est-à-dire qui assimile en tout le naturalisé aux indigènes de l'État qui l'adopte, et qui lui impose toutes les charges, en lui accordant tous les droits. Quant à la naturalisation incomplète, telle que la dénization, qui, tout en conférant certains droits et certains avantages généralement refusés aux étrangers, n'aurait cependant pas pour effet d'assimiler celui qui l'a obtenue aux naturels du pays dans tout ce qui dépend du droit civil, comme elle ne crée aucune incompatibilité entre la nationalité primitive et la position nouvelle qu'elle fait au Français, elle ne saurait lui faire perdre sa qualité originaire et naturelle. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, les 19 janvier 1819 (2) et 29 août 1822 (3) : « Attendu que, d'après les publicistes anglais, la naturalisation n'est acquise en Angleterre que par acte du parlement ; que la dénization qui ne s'y accorde que par simples lettres royales, n'y est considérée que comme une concession de certains droits et libertés interdits aux étrangers, qui commence la naturalisation, mais qui ne l'accomplit point ; d'où il suit qu'elle n'est pas suffisante pour opérer la perte de la qualité de Français et des droits inhérents, que les art. 8 et 17 du Code civil n'attachent qu'à la naturalisation acquise en pays étranger (4). »

Reste la seconde question, celle de savoir si la dénization est exclusive de l'esprit de retour ; et il me semble que, sur ce point encore, on ne doit pas hésiter à se prononcer pour la négative.

(1) Grotius, *De jure belli ac pacis*. Lib. II, cap. v, § 24 ; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, ch. xi.

(2) S., 6, 1, 6.

(3) *Ibid.*, 7, 1, 134.

(4) M. Okey, *ubi sup.*

On l'a déjà vu, et le premier consul, gardien si sévère et si vigilant de la nationalité française, posait lui-même ce principe de liberté dans la discussion du Code civil, les actes par lesquels les commençants français paraissent se rattacher à un gouvernement étranger, ne sont réputés faits que pour obtenir une protection nécessaire à leurs projets. Dès qu'ils obéissent à la nécessité, l'esprit de retour doit se présumer. Or, ce principe s'applique parfaitement à la dénization, sans laquelle l'étranger ne pourrait en Angleterre se livrer à tous les actes de la vie commerciale. Cependant, on a objecté dans une dissertation extraite du journal *la Thémis*, et insérée dans l'ancien recueil de M. Sirey (1), que si, en principe, la dénization est indispensable à l'étranger qui veut fonder une maison de commerce, puisqu'il ne peut louer un logement sans être dénizé, il en est autrement suivant l'usage actuellement suivi, qui autorise toute personne à faire le commerce ainsi que les actes accessoires que cette profession rend nécessaires. Mais il n'en est pas moins vrai que cet usage est contraire aux anciens statuts, et que le Français qui, pour assurer sa position en Angleterre, et par un excès de précaution, se fera délivrer des lettres de dénization, dans un intérêt exclusivement commercial, ne fera rien de contraire à l'esprit de retour, ni rien qui implique de sa part l'abdication de sa nationalité d'origine.

On ne conteste pas, d'ailleurs, que la dénization ne soit nécessaire, même aujourd'hui, à l'étranger qui veut établir en Angleterre une usine, une manufacture; mais on prétend que ce n'est pas là le genre d'établissement qu'a voulu favoriser l'art. 17 du Code; qu'il n'a pu entrer dans l'intention du législateur d'accorder une prime d'encouragement aux Français qui portent chez les nations rivales la connaissance de nos arts et de nos procédés; et que, si le commerce est cosmopolite, l'industrie manufacturière est au contraire attachée au sol. Et l'on s'autorise même des art. 417 et 418 du Code pénal, qui punissent ceux qui, pour nuire à l'industrie française, ont livré ses secrets à l'étranger. Mais d'abord, la loi ne défend pas au Français d'exercer une industrie manufacturière

(1) Tom. XXII, 2, 233.

en pays étranger, pourvu que ce ne soit pas dans l'intention de nuire à l'industrie française. Loin de le lui défendre, elle doit même l'y encourager, puisqu'en allant établir des manufactures en pays étranger, il peut y acquérir la connaissance de procédés nouveaux, dont à son retour il enrichira son pays. Il n'y a donc rien à conclure des art. 417 et 418 du Code pénal. Et comme, d'un autre côté, l'art. 17 du Code civil, en parlant d'un établissement commercial, ne fait aucune restriction; que sa disposition est générale et embrasse tous les genres de commerce, il en résulte qu'elle présume l'esprit de retour, aussi bien lorsque le commerce fait par les Français en pays étranger a pour objet l'achat et la revente de marchandises, que lorsqu'il a pour objet leur fabrication (1).

Concluons de là, que le Français qui se fait dénizer en Angleterre n'est pas dénaturalisé et ne perd pas l'esprit de retour (2).

Il a même été jugé qu'en Angleterre la naturalisation ne peut résulter au profit d'un étranger de la concession qui lui est faite par un secrétaire d'État du certificat déterminé par le statut 7 et 8 Vict. C. 66. (1844), qui bien qu'ayant pour effet d'étendre les droits que les étrangers puisaient antérieurement dans la dénization, ne les investit pas cependant de la qualité de citoyens anglais qui ne peut leur être conférée que par un bill du parlement (3).

993. Autre exemple.

En Russie, avant un ukase impérial du 7-19 juin 1860, nul étranger ne pouvait exercer le commerce s'il n'avait pas prêté le serment de sujétion, et obtenu son incorporation dans une guilde des marchands (4). Ce serment de sujétion, qui sou-

(1) M. Coin-Delisle, *Comm. analyt. du Code*, liv. I, tit. I, n. 11.

(2) M. Westoby, *loc. cit. sup.*; MM. de Clercq et de Vallat., *ibid.*

(3) Paris, 27 juill. 1859, S., 59, 2, 677. — Toutéfois, M. Westoby, p. 42 et suiv., assimile la délivrance de ce certificat à une véritable naturalisation. La dénization, dit-il, peut être comparée à l'autorisation de résider, la naturalisation par certificat du secrétaire d'Etat, à la naturalisation ordinaire, et la naturalisation par statut particulier (ou bill), à la grande naturalisation, p. 46.

(4) Voy. M. Fœlix, *Revue étrangère*, t. II, p. 672, et t. III, n. 874. V. *sup.*, t. I, n. 501.

mettait l'étranger au gouvernement russe, dénationalisait-il le Français qui le prêtait? Non, par deux raisons. La première, c'est que ce serment, bien qu'il eût pour objet exprimé *d'assurer à perpétuité la sujétion*, laissait cependant à l'étranger, qu'il semblait rendre sujet russe, la faculté de cesser de l'être et de rentrer dans son pays (1); de telle sorte qu'il n'était pas exclusif de l'esprit de retour. La seconde, c'est que cette espèce de naturalisation n'était acceptée que dans la vue du commerce, auquel le Français ne pouvait se livrer sans l'accomplissement de cette condition préalable. C'était une exigence, une contrainte à laquelle il fallait bien qu'il se soumît s'il voulait commercer, et qui ne pouvait en conséquence produire plus d'effet que la dénization anglaise. Toutefois un décret du 1er décembre 1860 en réintégrant de plein droit dans la qualité de Français ceux qui, pour faire le commerce en Russie, avaient été obligés d'entrer dans les guildes des marchands et de prêter à cette occasion le serment de sujétion aboli par l'ukase du 7-29 juin 1860, suppose que ce serment leur avait fait perdre la qualité de Français.

994. A Hambourg, nul étranger ne peut faire le commerce s'il n'est pourvu de lettres de bourgeoisie. Il y a deux sortes de bourgeoisie : la petite bourgeoisie, qui donne le droit de faire le commerce de détail; la grande bourgeoisie, par laquelle on obtient l'autorisation de trafiquer en grand, d'ouvrir des boutiques, de tenir des magasins, de posséder des immeubles en son propre nom, et de remplir les charges du gouvernement.

Il n'est pas douteux que les lettres de petite bourgeoisie ne peuvent naturaliser sujet hambourgeois celui qui les obtient : elles ne sont en réalité qu'une autorisation de faire le commerce de détail. Leur obtention est dès lors la suite d'un établissement commercial qui ne peut être considéré comme fait sans esprit de retour, et est par conséquent compatible avec la conservation de la qualité de Français.

Quant aux lettres de grande bourgeoisie, il y a plus de

(1) Lois sur l'état des personnes, art. 929 ; et M. Fœlix, *loc. cit.*

difficulté, et le serment prêté par ceux qui les obtiennent semble impliquer autre chose qu'une simple autorisation de résider et de commercer. Voici la traduction de ce serment, qui depuis plusieurs siècles est conçu dans les mêmes termes et en mauvais allemand : « Je promets et jure devant Dieu tout-puissant d'être fidèle et favorable à cette ville, de chercher son bien et d'écarter le mal autant qu'il peut être en mon pouvoir ; de ne rien entreprendre contre le sénat et cette ville, soit par paroles, soit par actions ; et si j'apprends quelque chose qui soit préjudiciable au sénat et à la ville, d'en faire fidèlement le rapport. Je payerai et acquitterai également avec exactitude et sans répugnance de ma part les impôts annuels, comme aussi l'impôt pour l'acquittement du tribut aux Turcs, les droits additionnels de douane, d'accise, de mouture, et enfin tous ceux qui seront arrêtés et votés par le vénérable sénat et la bourgeoisie. Qu'ainsi Dieu me soit en aide et sa sainte parole. »

La teneur de ce serment est d'autant plus remarquable, qu'à Hambourg il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir une naturalisalisation proprement dite, et que la grande bourgeoisie et le serment qui la consacre confèrent aux étrangers les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux individus nés à Hambourg.

Cependant, si l'on considère la facilité avec laquelle s'obtient à Hambourg le droit de bourgeoisie, il semble difficile d'y attacher la même importance qu'à une naturalisation complète. Une députation permanente du sénat est spécialement chargée de la réception des nouveaux bourgeois. Tout individu majeur, à quelque nation qu'il appartienne, pourvu qu'il soit chrétien et censé de bonne vie et mœurs, peut, en se faisant assister de deux bourgeois de la ville, obtenir, après la formalité préalable du serment, le droit de bourgeoisie. Cette facilité s'explique par cette circonstance que l'État de Hambourg n'est à proprement parler qu'une société de gens d'origines très-diverses et réunis dans un seul but, celui de faire le commerce. On comprend dès lors comment, pour accroître la population de la ville, on est facile dans l'admis-

sion des nouveaux bourgeois, comment on leur accorde des droits fort étendus, et aussi comment, dans le but d'alléger les charges communes, on ne permet d'établissements commerciaux qu'à ceux qui ont obtenu des lettres de bourgeoisie.

Il me semble difficile dès lors d'admettre que les lettres de grande bourgeoisie à Hambourg, et le serment qui en est la condition, emportent une naturalisation complète, et dénationalisent celui qui les obtient. Elles n'ont qu'un but commercial ; c'est un préalable auquel celui qui veut faire le commerce à Hambourg est tenu de se soumettre. Il obéit alors à une nécessité qui n'implique de sa part ni l'abandon de sa nationalité ni la perte de l'esprit de retour, tant que dans l'exercice des droits ou dans l'observation des devoirs que lui confèrent les lettres de bourgeoisie, il ne fait rien de contraire à ses obligations comme citoyen français. C'est au surplus en ce sens que la question a été résolue par une ordonnance rendue en conseil d'État le 18 novembre 1842 (1). Cette ordonnance décide que l'obtention par un Français du droit de grande bourgeoisie à Hambourg, ne suffit pas pour lui faire perdre la qualité de Français, et que dès lors il demeure obligé au service de la garde nationale en France (2).

995. Il en est de même et par les mêmes motifs de l'acquisition du droit de bourgeoisie en Westphalie, et spécialement à Cassel (3).

996. Dans tous les cas, le Français qui, de quelque manière que ce soit, a perdu la qualité de Français, peut toujours la recouvrer en rentrant en France, avec l'autorisation du Gouvernement et en déclarant qu'il veut s'y fixer (4). Toutefois, lorsque la perte de la qualité de Français résulte du service militaire pris à l'étranger sans autorisation, celui qui a perdu

(1) S., 43, 2, 602.

(2) J'ai puisé les renseignements qui précèdent sur le droit de bourgeoisie à Hambourg dans les documents officiels qui m'ont été communiqués par M. Clérault, alors avocat à la Cour de cassation et au conseil d'Etat, chargé, dans l'affaire dont était saisi le conseil d'Etat, des intérêts du Français qui avait obtenu à Hambourg des lettres de grande bourgeoisie.

(3) Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52, 2, 563.

(4) C. civ., art. 18.

cette qualité ne peut rentrer en France qu'avec la permission du Gouvernement et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger qui veut devenir Français (1).

997. Nous avons vu plus haut que l'étrangère qui épouse un Français suit la qualité de son mari et devient Française (2). Réciproquement, la femme française qui épouse un étranger devient étrangère. Mais si elle devient veuve, elle peut recouvrer la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Gouvernement en déclarant qu'elle veut s'y fixer (3).

998. Il doit en être de même de la femme française qui a épousé un Français, si celui-ci devient ensuite étranger par sa naturalisation ou son établissement hors de France ; elle suit la condition de son mari et devient étrangère (4). On ne serait pas fondé à prétendre qu'il y a cette différence entre la femme qui épouse un étranger et celle qui épouse un Français qui, plus tard, devient étranger, que la première renonce volontairement, par son mariage, à sa qualité de Française, tandis que la seconde n'a point renoncé à sa patrie, et n'a point dû penser que son mari y renoncerait (5). Cette différence n'est qu'apparente : la femme en se mariant adopte la condition de son mari ; et comme elle sait ou doit savoir que cette condition n'est pas immuable, elle consent par cela même d'avance à suivre cette condition dans tous les changements qu'elle peut éprouver, et, conséquemment, à devenir étrangère si son mari devient étranger. Ici ne peut s'appliquer

(1) C. civ., art. 21. — Voy. *sup.*, 524.

(2) Voy. *sup.*, 523.

(3) C. civ., art. 19.

(4) Proudhon, *Des personnes*, t. I, p. 452 ; Fœlix, *Rev. étr.*, t. X, p. 446 ; Malher de Chassat, *Des statuts*, n. 193 ; Cass., 18 avril 1818, S., 5, 2, 465 ; Metz, 25 août 1826, S., 8, 2, 185 ; Paris, 24 août 1834, S., 44, 2, 568.

(5) Delvincourt, t. I, notes, p. 28, n. 6 ; Legat, *Code des étrang.*, p. 54 ; Malleville, sur l'art. 19 ; Duranton, t. I, n. 189 ; Boileux, sur l'art. 19 ; M. Valette, *Notes sur Proudhon*, t. I, n. 126, note *d* ; Coin-Delisle, sur l'art. 19, C. civ. ; M. Demolombe, t. I, n. 175 ; Paris, 21 juill. 1818, S., 5, 2, 405 ; Cass., 16 déc. 1845, S., 46, 1, 100 ; Douai, 3 août 1858, S., 58, 2, 513.

cette maxime : *Quod nostrum et sine facto nostro nobis auferri non potest.* D'ailleurs la femme ne peut être soumise à une loi, et le mari à une autre, ni le mariage qui est un, être régi par deux statuts.

999. Mais cette maxime est applicable, comme nous l'avons déjà vu, dans un cas qui présente quelque analogie avec la question que nous venons d'examiner, dans le cas du mineur dont le père devient étranger. Le changement de nationalité du père n'entraîne pas le changement de nationalité de son fils mineur (1). *Antiquissimum hoc erat juris romani principium,* dit Heineccius (2), *neminem posse invitum jura civitatis amittere.* La perte de la nationalité suppose une volonté exprimée ou présumée; or, le mineur ne pouvant avoir de volonté, et son père ne pouvant en avoir pour lui dans les choses qui tiennent à l'état même et aux droits civils de la personne, il faut reconnaître que le fils mineur reste Français, lors même que son père devient étranger (3).

1000. Il faut même conclure de là que le mineur ne pourrait consentir lui-même à son changement de nationalité. Il ne peut aliéner ses biens, comment pourrait-il aliéner sa personne?

1001. Toutefois, il en serait autrement dans le cas où le changement de nationalité résulterait d'un fait indépendant de la volonté du père, et de celle du fils mineur, par exemple d'un démembrement du territoire, Dans ce cas, pour consommer la perte de la nationalité primitive, la volonté du mineur ne serait pas plus nécessaire que celle du majeur (4).

(1) Voy. *sup.*, n. 542.

(2) *Ant. rom.*, lib. I, tit. XVI, § 10.

(3) Arg. de l'art. 2 de la loi du 7 fév. 1851 ; Duranton, t. I, p. 120 ; Boileux, sur l'art. 12, C. civ. ; Grenoble, 16 déc. 1828, S., 9, 6, 2. Cass. 5 mai 1862, S., 62, 1, 658. — En sens contraire, M. Duvergier, consult. insérée dans Sirey, t. XXXII, 2, 641 ; Fœlix, *Revue étrang.*, t. X, p. 462. — En Autriche, les tuteurs et autres représentants des mineurs, peuvent réclamer la naturalisation de ce dernier (Fœlix, *ub sup.*). — En Russie, la naturalisation d'un étranger s'étend à tous ceux de ses enfants qu'il a indiqués dans la déclaration qu'il est tenu de faire. (Digeste russe, *Lois personnelles*, IX, 916.)

(4) Cass., 16 juill. 1834, S., 34, 1, 501 ; Douai, 17 janv. 1848, S., 48, 2, 433. — En sens contraire, V. M. Demolombe, t. I, n. 178.

CHAPITRE II

DU DOMICILE.

SOMMAIRE. — 1002. Ce que c'est que le domicile. Différentes sortes de domiciles. — 1003. Domicile réel. — 1004. Peut-on avoir plusieurs domiciles ? — 1005. Domicile des sociétés. — 1006. Domicile d'une société dissoute mais non liquidée. — 1007. Changement de domicile. — 1008. Domicile élu. — 1009. Effets de l'élection de domicile. Distinctions entre les matières civiles et les matières commerciales. — 1010. L'indication d'un lieu pour le payement emporte-t-elle élection de domicile. — 1011. Domicile du mineur et de la femme mariée.

1002. On entend par domicile le lieu où une personne est, sous le rapport de ses droits et de ses obligations, réputée toujours présente, quoique de fait elle puisse n'y pas résider (1). La résidence peut donc être distincte du domicile; et il y a dès lors, entre l'un et l'autre, cette différence que le domicile est de droit, tandis que la résidence est de fait.

On distingue ordinairement le domicile *politique* (2), qui est celui où un citoyen excerce ses droits politiques, du domicile *civil* où il exerce ses droits civils. Ici nous ne nous occupons que du domicile civil.

Le domicile civil lui-même est double. Il y a le domicile réel et le domicile élu.

1003. Aux termes de l'article 102 du Code civil, le domicile réel de tout Français est au lieu où il a son principal établissement. Ce que le Code dit de tout Français en général, est également vrai du commerçant en particulier. Il suit de cette disposition que la résidence est nécessaire pour établir le domicile, puisqu'on ne concevrait pas un principal établissement sans une résidence au moins momentanée; mais qu'elle n'est pas nécessaire pour le conserver, en ce sens qu'on peut ne pas résider toujours au lieu où se trouve le principal établissement qui détermine le domicile. *Habitatio quæ rigore legis est necessaria ad acquirendum domicilium*, dit Casaregis, *non requiritur*

(1) Zachariæ (édit. Massé et Vergé), t. I, § 87.
(2) V. le décret du 2 fév. 1852.

ad illius retentionem (1). Cela est vrai surtout des commerçants que, tout en ayant leur établissement commercial dans un lieu, sont néanmoins appelés dans d'autres lieux par le besoin de leurs affaires, et qui peuvent n'avoir nulle part une résidence fixe et permanente.

1004. C'est une question que de savoir si on peut avoir plusieurs domiciles. En droit romain, l'affirmative n'était pas douteuse. *Viris prudentibus placuit*, disait la loi 6, § 2, ff. *ad municipalem, duobus locis posse aliquem habere domicilium si utrobique ità se instruxerit ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.* Notre ancien droit français avait suivi le même système, et Rodier n'était que l'écho de tous les auteurs qui l'avaient précédé, lorsqu'il posait en principe que « quiconque a maison « garnie en deux endroits où il habite tour à tour également, « a deux domiciles (2). « Aujourd'hui le Code civil, en disposant d'une manière générale que le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement, semble avoir condamné cette opinion, et n'admettre qu'un seul domicile (3). Néanmoins, je crois qu'il faut distinguer entre le cas où il s'agit du domicile général, c'est-à-dire de celui qui s'applique à la généralité des droits et des devoirs civils, et le cas où il s'agit du domcile spécial, c'est-à-dire de celui qui concerne certaines relations particulières, telles que les relations juridiques (4). On ne peut avoir qu'un seul domicile général, mais on peut avoir plusieurs domiciles spéciaux. On ne peut avoir qu'un seul domicile général, parce que ce domicile détermine une certaine capacité personnelle qui est indivisible comme la personne même ; mais on peut avoir plusieurs domiciles spéciaux, parce que ces domiciles se rapportent aux affaires spéciales qui sont faites dans les uns ou dans les autres, et que ces affaires étant distinctes les unes des

(1) Disc. 117, n. 35.

(2) Sur l'art. 3 du tit. 1er de l'ord. de 1667, quest. 7, n. 13. Voy. aussi Mazuer, *Pratique*, t. I, n. 31 ; Boucheul, sur Poitou, t. II, p. 467 et 486 ; Brillon, *Diction.*, v° *Assignation*, n. 8 et 87 ; Casaregis, disc. 117, n. 7.

(3) Maleville, t. I, p. 126.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1 ; Zachariæ, *ubi sup.*

autres, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient subordonnées, chacune, à un domicile différent. Ainsi, lorsque l'article 165 du Code civil porte que le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, il entend parler du domicile général, et sous ce rapport, il ne peut y avoir qu'un seul domicile. C'est encore du domicile général qu'entendent parler les articles 67 du Code de commerce et 872 du Code de procédure civile, qui prescrivent l'affiche du contrat de mariage d'un commerçant dans certains lieux publics du domicile du mari. Mais quand un commerçant a plusieurs établissements de commerce, chacun de ces établissements de commerce peut être considéré comme un domicile spécial, relativement aux affaires qui y sont faites; et c'est devant les juges de ce domicile qu'il peut être attaqué et poursuivi. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Boullenois (1): « qu'il est vrai qu'un commerçant peut « faire commerce également en plusieurs endroits, mais que « nonobstant ce, il y a l'endroit où il fait communément ses « Pâques, où il paye la taille, où sa femme demeure avec ses « enfants, et voilà ce qui constitue son domicile. » Boullenois, en décrivant ici le domicile général, se tait sur le domicile spécial qui se divise nécessairement entre tous les établissements distincts d'un même commerçant, et qui est attributif de juridiction aux tribunaux du lieu pour les affaires qui y sont faites, par suite d'une sorte d'élection de domicile plus ou moins tacite, mais qui n'en est pas moins réelle.

La Cour de cassation a donc bien jugé en décidant qu'une maison de banque peut être valablement assignée devant le tribunal du lieu où elle a un comptoir, à raison des opérations commerciales qu'elle a faites en ce lieu, où d'ailleurs les valeurs devaient être fournies et remboursées, encore qu'elle ait son principal établissement dans un autre lieu (2).

Il a même été jugé qu'un marchand colporteur est réputé

(1) T. I, p. 836.
(2) 11 fév. 1834, S., 35, 1, 475 ; D., 35, 1, 40.

pour tout ce qui regarde son commerce, transporter son domicile en tout lieu où il établit même momentanément le siége de ses affaires (1).

C'est ainsi encore que les marins, tout en conservant leur domicile d'origine pour tout ce qui tient à la généralité de leurs droits, ont, pour tout ce qui concerne l'expédition, un domicile spécial à bord du navire (2).

1005. Les sociétés, qui forment des personnes morales distinctes de la personne des associés, ont un domicile distinct et qui peut être autre que celui des associés.

Ce domicile, de même que celui de tout autre individu, est au lieu où la société a son principal établissement (3), pour les affaires qui concernent l'intérêt de la société.

Mais si la société a plusieurs établissements ou succursales, chacun de ces établissements peut être considéré comme une sorte de domicile distinct pour les affaires spéciales qui y sont directement traitées (4).

Quant aux simples associations en participation, qui ne constituent pas des individualités distinctes de la personne même des associés, elles n'ont pas de siége social, pas de principal établissement, et, par conséquent, pas de domicile distinct de celui des associés ou participants (5). Toutefois rien ne s'opposerait à ce que les associés, par une convention particulière, se constituassent une sorte de domicile social ou commun, distinct du domicile réel de chacun d'eux : ce serait là un vé-

(1) Bordeaux, 20 nov. 1866, D., 68, 2, 21.

(2) C. proc., art. 418 et 419 ; Bruxelles, 16 mai 1815, S., 5, 2, 45; et Rouen, 15 août 1819, *ibid.*, 6, 2, 131.

(3) C. pr., 59.

(4) Pardessus, *Droit comm.*, n. 1094 ; Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés de comm.*, p. 31 ; M. Orillard, *Comp. des tr. de com.*, n. 601 ; Cass., 22 mai 1848, S., 48, 1, 328 ; Cass., 11 mai et 10 nov. 1852, S., 52, 1, 509 et 788 ; 18 avril 1854, S., 54, 1, 304 ; 21 juill. 1856, S., 57, 1, 106 ; Colmar, 21 déc. 1856, S., 57, 2, 763 ; Bordeaux, 22 juillet, 11 et 12 août 1857, S., 58, 2, 257 ; Montpellier, 17 août 1857, *ibid.* ; Colmar, 26 août 1857, *ibid.* ; Paris, 12 août 1857, *ibid.* ; Cass., 14 déc. 1857, S., 58, 1, 265 ; 26 mars 1860 et 16 janv. 1861, S., 61, 1, 451 ; 7 mai 1862, S., 62, 1, 744 ; Aix, 4 avril 1862 et 18 fév. 1863, S., 63, 2, 54 ; Cass., 10 fév. 1863, S., 63, 1, 199. — V. cependant Cass., 4 mars 1845, S., 45, 1, 273.

(5) Cass., 4 juin 1860, S., 61, 1, 75, et 16 août 1865, S., 66, 1, 116.

ritable domicile élu qui rentrerait sous l'application des règles relatives à l'élection de domicile (1).

1006. Lorsque la société est dissoute et liquidée, elle n'a plus d'existence, et partant, plus de domicile. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si, lorsqu'elle est dissoute et non encore liquidée, elle conserve un domicile social; ce qui revient à savoir si la société cessé d'exister aussitôt que dissoute, ou si, au contraire, elle subsiste encore, quoique dissoute, tant qu'elle n'a pas été liquidée et jusqu'à la fin de sa liquidation. Pour résoudre la difficulté, il faut consulter la nature des choses.

Quelque simple que l'on suppose l'objet dont l'exploitation est mise en société, il est difficile d'imaginer qu'aussitôt qu'une société est dissoute, et au même instant, toutes les affaires sociales soient terminées et les intérêts des associés entre eux, ou des associés à l'égard des tiers, fixés d'une manière précise et définitive. De là, dans le plus grand nombre des eas, la nécessité d'une liquidation qui, après la dissolution de la société, a pour but de réaliser les valeurs sociales, de recouvrer les dettes actives, de payer les dettes passives, et de mettre à la disposition des associés ce qui reste après les dettes payées, pour qu'ils se le partagent entre eux dans la proportion de leur intérêt. Sans doute, il peut arriver que, lors de la dissolution d'une société, toutes les affaires sociales étant terminées, il n'y ait pas lieu à liquidation; c'est qu'alors, à vrai dire, la liquidation a précédé la dissolution de la société. Mais, sauf ce cas fort rare, la société, lors de sa dissolution, est toujours en état de liquidation. Or, si l'on recherche les rapports qui existent entre la société avant sa dissolution, et la société en état de liquidation, on reconnaîtra que la liquidation est la représentation exacte de la société dont elle continue la personne morale et dont elle résume les intérêts divers. Sans doute, de ce que la société est dissoute, il suit qu'elle ne peut plus rien entreprendre; mais les sociétés ne sont pas établies seulement pour agir, spéculer et entrepren-

(1) Cass., 16 août 1866, S., 66, 1, 116. — V. *inf.*, n. 1008.

dre; elles sont aussi établies pour réaliser en profits ou pertes les résultats de leurs spéculations et de leurs entreprises. Une société, quoique dissoute, n'a donc pas atteint son but nécessaire tant que cette réalisation n'a pas eu lieu, et, conséquemment, elle subsiste jusqu'à ce qu'elle l'ait atteint par une liquidation. « C'est une locution fort usitée par tous les commerçants, dit un auteur qui s'est toujours rendu un compte fort exact de la nature des opérations commerciales (1), que de dire, en annonçant la dissolution d'une société, que cette société *ne subsiste plus que pour sa liquidation*. En effet, tout commerçant comprend que la société est éteinte comme société agissante et faisant des opérations de commerce; mais c'est encore la *société*, et non des co-propriétaires par indivis, qui vend pour eux les immeubles sociaux; en sorte que, si un tiers s'en rend acquéreur, il n'est pas tenu de purger les hypothèques sur chacun des associés, ce qui serait impossible dans une société par actions. Cette intelligence du droit semble tout à fait juste, car la dissolution ne s'opère que par la volonté des associés; ils sont donc maîtres de rompre seulement une partie des liens qui les unissent. On peut n'arriver que par degré à une dissolution. » La vie des sociétés se compose donc de deux phases distinctes : la première, pendant laquelle elles agissent et opèrent; la seconde, pendant laquelle elles liquident. Il dépend sans doute des associés en confondant ces deux phases en une seule, et en ne dissolvant la société qu'après avoir liquidé, de rompre d'un seul coup tous les liens qui les unissent; mais lorsqu'ils dissolvent avant d'avoir liquidé, une partie de leurs liens subsiste; la société vit encore dans la mesure nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation.

Dès que la société en liquidation existe encore, quoique dissoute, il faut en conclure qu'elle conserve un domicile social (2).

(1) Fremery, *Études de droit commercial*, p. 69, note 5.

(2) Voy. Cass., 18 août 1840, S., 1840, 1, 836. Voy. aussi (*ibid.*) mes observations sur cet arrêt. Voy. cependant Cass., 5 août 1845, Dev., 45, 1, 663.

1007. Le principal établissement qui détermine le domicile pouvant être changé, il en résulte que le domicile lui-même peut être changé. Le changement de domicile, dit l'article 108 du Code civil, s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. Il faut donc à la fois le fait et l'intention : le fait, parce que, sans le fait, on ne pourrait présumer l'intention ; l'intention, parce que, sans l'intention, le fait ne serait qu'une résidence qui peut être distincte du domicile. *Mutatio domicilii principaliter pendet ab animo*, dit très-bien Casaregis (1). — *Domicilium etiam per habitationem centum annorum*, dit encore Ansaldus (2), *sine animo non acquiretur*. Cette intention est expresse ou tacite. Aux termes de l'article 104 du Code civil, la preuve de l'intention expresse résulte d'une déclaration faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu dans lequel on veut conférer son domicile. A défaut de cette déclaration expresse, l'article 105 permet de présumer l'intention et de l'établir à l'aide de preuves puisées dans les circonstances.

Parmi les circonstances qui font présumer l'intention de fixer son principal établissement dans un lieu et d'y transférer son domicile, il faut placer un établissement de commerce (3). Néanmoins, cette circonstance peut ne pas être déterminante, et se trouver dominée par d'autres circonstances qui la contrarient, et font preuve de l'intention de retenir le domicile originaire nonobstant les opérations commerciales faites dans un autre lieu.

Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation, le 24 février 1835 (4), que la preuve de l'intention d'un changement de domicile ne résulte pas suffisamment d'un long séjour dans le lieu où l'on a fondé un nouvel établissement de commerce, ni de la faillite qui y a été déclarée et réglée, lorsque celui contre lequel on allègue ces circonstances pour établir sa re-

(1) Disc. 117, n. 47 et 52.
(2) Disc. 10, n. 14.
(3) Duranton, t. I, n. 354.
(4) S., 35, 1, 211 ; D., 35, 1, 289.

nonciation au domicile antérieur, n'a fait à ce sujet aucune déclaration expresse aux municipalités, et qu'il est rentré dans ce domicile depuis plusieurs années.

Et la même Cour a encore jugé, le 15 mars 1841 (1), que le changement de domicile d'un individu ne peut, en l'absence des formalités prescrites par les articles 103 et 104 du Code civil, s'induire de ce que cet individu a fait des opérations de commerce nombreuses, mais isolées dans un autre lieu (2) et de ce que, dans des actes ou annonces de ce commerce, il a déclaré avoir son domicile dans ce lieu.

Comme on le voit, tout dépend des circonstances dont les juges sont les souverains appréciateurs.

1008. J'ai dit que le domicile était réel ou élu. Nous venons de voir ce qui concerne le domicile réel ; passons au domicile élu.

Le domicile élu est celui dont il est fait choix pour l'exécution d'un acte ou d'une convention (3). L'élection de domicile est expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle forme une clause de la convention pour l'exécution de laquelle le domicile est élu, ou bien encore lorsqu'elle a été faite dans un acte postérieur. L'élection tacite résulte de la nature ou des circonstances de l'affaire pour laquelle elle est faite, ou des stipulations qui la supposent.

1009. L'élection de domicile n'a pas les mêmes effets en matière civile qu'en matière commerciale.

En matière commerciale comme en matière civile, le domicile élu laisse subsister le domicile réel pour tout ce qui n'est pas relatif à l'exécution de l'acte dans lequel ou pour lequel élection a été faite ; de telle sorte que, si toutes les significations, demandes, et poursuites relatives à cet acte peuvent être faites au domicile élu et devant le juge de ce domicile, le domicile réel conserve son empire pour l'exercice de tous

(1) S., 4?, 1, 348.

(2) Il s'agissait d'opérations faites par un agent de remplacements militaires.

(3) C. civ., art. 111.

les autres droits et de toutes les autres actions des parties contractantes (1).

Mais en matière civile, on a prétendu que l'élection de domicile n'est, en général, et dans la rigueur du droit, relative qu'à l'exécution forcée de l'acte, c'est-à-dire aux poursuites et aux procédures auxquelles cette exécution peut donner lieu; qu'elle n'est pas par elle-même indicative du lieu où doit se faire le payement volontaire de l'obligation qui, en l'absence d'une indication expresse dans la convention, doit être fait au domicile du débiteur, à moins qu'il ne s'agisse d'un corps certain et déterminé, auquel cas le payement doit se faire dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet (2). Cette opinion se fonde sur l'article 111 du Code civil, aux termes duquel on peut faire au domicile élu les *significations, demandes et poursuites*, relatives à l'acte pour l'exécution duquel a eu lieu l'élection de domicile : expressions qui semblent supposer qu'il y a contestation ou nécessité de faire des actes judiciaires ou extra-judiciaires, circonstances exclusives d'une exécution volontaire. Ce serait donc alors, et à moins d'une convention contraire, exprimée ou présumée suivant les cas, au domicile réel que devrait être fait le payement en matière civile, nonobstant l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte (3).

En matière commerciale, au contraire, il en est autrement, ou, du moins, on doit toujours présumer que l'élection de domicile en un lieu emporte, dans l'intention des parties, l'obligation d'y demander le payement. C'est au domicile indiqué dans un effet de commerce qu'il faut, non pas seulement faire les diligences et les poursuites nécessaires pour arriver au payement, mais encore qu'on doit se présenter à l'échéance pour demander le payement. Dans une matière, où, en cas de non-payement, les poursuites judiciaires ou extra-judiciaires doivent être faites dans un très-bref délai, on ne comprendrait pas que le lieu où le payement est demandé

(1) C. civ., art. 3.
(2) *Ibid.*, 1247.
(3) Duranton, t. I, n. 377.

et celui où le non-payement doit être constaté presque à l'instant même par le protêt, ne fussent pas les mêmes.

Il y a plus : en matière civile, l'indication d'un lieu pour le payement n'équivaut pas, par elle seule, à une élection de domicile, cette indication de lieu devant être restreinte à son objet qui est le payement, et n'étant point dès lors exclusive du domicile réel pour les actes ou poursuites qui sont la conséquence du non-payement (1).

En matière commerciale, au contraire, l'indication d'un lieu pour le payement emporte élection de domicile attributif de compétence. C'est ce qui résulte de l'article 420 du Code de procédure civile, qui autorise le demandeur à assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

1010. Mais cette indication emporte-t-elle également élection de domicile dans le sens de l'article 111 du Code civil, de telle sorte que les significations, même celle de l'exploit d'assignation, puissent être faites au lieu indiqué pour le payement ? Sans aucun doute. Il est bien vrai que l'article 420, en autorisant le demandeur à assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement doit être effectué, ne dit pas aussi explicitement que l'assignation pourra être donnée au domicile indiqué ou élu pour le payement ; néanmoins il le suppose nécessairement. Le tribunal n'est compétent que parce qu'il y a élection de domicile, ou une indication équivalente ; s'il y a élection de domicile, on rentre dans les termes de l'article 111 du Code civil, et dès lors, conformément à cet article, toutes les significations, demandes et poursuites, conséquemment la signification de l'exploit d'ajournement, peuvent être faites à ce domicile. L'article 17, du titre XII de l'ordonnance de 1673, permettait de *donner l'assignation au lieu auquel le payement devait être fait :* et de cette disposition, qui ne s'appliquait textuellement qu'à l'assignation, on concluait que le tribunal du lieu où le payement devait être fait était compétent pour connaître de la demande (2),

(1) Duranton, t. I, n. 378 ; Cass., 29 oct. 1810, S., 3, 1, 255.
(2) Voy. Jousse et Bornier sur cet article.

ce qui était conclure de l'assignation à la compétence. A plus forte raison, aujourd'hui, peut-on conclure de la compétence à l'assignation (1). C'est au surplus en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée (2).

1011. La femme qui est placée sous la puissance de son mari, le mineur qui est placé sous la surveillance de son tuteur, ont leur domicile de droit, la première, chez son mari, le second chez son tuteur. C'est donc, en règle générale, au domicile du mari et du tuteur que doivent être remises toutes les significations adressées au mineur ou à la femme (3).

CHAPITRE III

DU MARIAGE DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 1012. Droits respectifs des époux dont l'un est commerçant. Renvoi. Règles spéciales aux contrats de mariage des commerçants. Publicité. — 1013. But de cette publicité. Régimes divers sous lesquels les époux peuvent contracter mariage. — 1014. Moyens de publicité. Formalités spéciales. — 1015. Quand la publicité est-elle requise? — 1016. A qui incombe l'obligation de publier le contrat de mariage? — 1017. Conséquences du défaut de publication. — 1018. Où doit être faite la publication? — 1019. Formalités de droit commun. — 1020. De la séparation de biens. — 1021. Publication de la séparation de biens. Conséquences du défaut de publication. — 1022. Du rétablissement de la communauté.

1012. Il ne s'agit pas ici de déterminer les droits respectifs des époux dont l'un ou l'autre est commerçant, ni de rechercher l'influence que peut avoir, sur la nature ou l'étendue de leurs droits, le régime sous lequel se sont placés les conjoints. Ces différents points feront l'objet d'un examen ultérieur (4). Il s'agit seulement d'exposer les règles spéciales de publicité auxquelles sont soumis les contrats de mariage des époux dont l'un est commerçant, ainsi que les actes qui,

(1) M. Carré, *Lois de la procéd.*, n. 1511; M. Chauveau sur Carré, *ibid.*

(2) Cass., 25 prair. an X, S., 1, 1, 656; D., 7, 761; 4 fév. 1808, S., 2, 1, 483; 13 mars 1829, S., 9, 1; D., 29, 1, 102; Bruxelles, 30 mars 1807, S., 2, 2, 221; D., 7, 801.

(3) Voy. *inf.*, tit. III, ch. I et IV.

(4) Voy. *inf.*, tit. III, ch. IV, et tit. IV, ch. Ier.

pendant le cours de l'union conjugale, viennent modifier les conventions primitives du contrat de mariage.

1013. Pour faire comprendre l'utilité de cette publicité et des moyens employés dans le but de l'assurer, il nous suffira de rappeler ici que les droits des créanciers de l'un des époux sur les biens de l'autre dépendent du régime sous lequel les époux se sont placés en se mariant; que si les époux se sont mariés sous le régime de la communauté, ceux des biens du mari ou de la femme qui tombent dans la communauté sont affectés au payement des dettes de la communauté, c'est-à-dire des dettes contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme, du consentement du mari (1); tandis que si les époux se marient séparés de biens, ou sous le régime dotal, les biens personnels de l'un ne sont pas tenus des dettes de l'autre; et qu'il est même, dans le dernier cas, c'est-à-dire quand il y a eu adoption du régime dotal, certains biens de la femme qui sont complétement inaliénables et affranchis de toute responsabilité des dettes, soit du mari, soit de la femme (2). Il importe donc aux tiers qui contractent avec des époux, de connaître leurs conventions matrimoniales pour savoir jusqu'à quel point l'un est obligé par les actes de l'autre.

1014. Il y a, pour assurer cette publicité, des formalités spéciales aux commerçants et des formalités de droit commun. Voici les formalités spéciales. Tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant doit, aux termes des articles 872 du Code de procédure civile, et 67 du Code de commerce, combinés, être transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, à la mairie, pour être exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et dans la salle principale de la maison commune. Pareil extrait est adressé aux Chambres des avoués et des notaires, pour être également inséré au tableau qui y est exposé. Cet extrait doit contenir les

(1) C. civ., art. 1409 et 1482.
(2) *Ibid.*, art. 1554.

noms, prénoms, professions et demeures des époux. Il doit annoncer s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.

1015. Sous l'ancien droit, la même formalité était prescrite par l'article 1er du titre VIII de l'ordonnance de 1673, mais seulement dans les lieux où la communauté de biens entre mari et femme était établie par la coutume ou par l'usage, et dans le cas seulement où le contrat dérogeait à cette coutume. S'il n'y dérogeait pas, comme la communauté avait lieu de plein droit, on jugeait inutile la publication d'un contrat de mariage qui n'apprenait rien aux tiers.

Quoique le Code civil ait fait du régime de la communauté le droit commun du mariage, et n'ait autorisé les régimes exclusifs de la communauté que comme des exceptions, cependant la loi actuelle, lorsque l'un des époux est commerçant au moment du mariage, exige, dans tous les cas, la publication du contrat de mariage, sans distinguer s'il ne fait que se conformer au droit commun, ou s'il y déroge.

Lorsqu'au contraire l'un des époux n'embrasse la profession de commerçant que postérieurement à son mariage, le Code de commerce n'exige la publication du contrat de mariage que lorsque les époux sont séparés de biens ou mariés sous le régime dotal (1).

C'est là une différence entre les deux cas dont on ne comprend ni la cause ni l'utilité.

1016. Quand il s'agit du contrat de mariage d'époux dont l'un est commerçant, c'est au notaire qui a reçu le contrat de mariage à en faire la remise, sous peine d'amende, et même de destitution ou de responsabilité s'il était prouvé que l'omission fût la suite d'une collusion (2).

Quand, au contraire, il s'agit d'époux qui n'embrassent la profession commerciale qu'après leur mariage, c'est à l'époux commerçant à faire la remise de son contrat de mariage dans le mois du jour où il a ouvert son commerce ; et, à défaut de

(1) Code comm., 69.

(2) *Ibid.*, 68. Cette amende, qui était de 100 francs, aux termes de l'art. 68, C. com., a été réduite à 20 francs par la loi du 16 juin 1824.

cette remise, il peut être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple (1).

1017. L'article 1[er] du titre VIII de l'ordonnance de 1678 allait plus loin. Il prononçait la nullité de la clause dérogatoire à la communauté qui n'avait pas été publiée, et voulait qu'elle n'eût d'effet que du jour où elle avait été publiée : de telle sorte, dit Jousse (2), que les créanciers du mari pouvaient soutenir contre la femme qu'elle était commune à leur égard, et se venger sur les biens de la communauté de la même manière que si cette femme eût été commune avec son mari. Le Code de commerce n'a pas reproduit cette disposition, d'où naît la question de savoir si, faute de publication d'un contrat de mariage qui déroge à la communauté, les époux, dont l'un est commerçant, doivent de plein droit être réputés communs.

Je ne pense pas : l'article 68 du Code de commerce, relatif au cas où il s'agit du contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, ne prescrit la publication qu'au notaire rédacteur ; et l'article 69, relatif au cas où il s'agit du contrat de mariage entre époux dont l'un devient commerçant postérieurement au mariage, ne prescrit la publication qu'à l'époux qui devient commerçant ; ni l'un ni l'autre ne mettent cette publication à la charge du conjoint du commerçant. Comment, dès lors, faire peser une responsabilité quelconque sur ce conjoint, qui, en ne faisant pas la publication, n'a manqué à aucun de ses devoirs, puisqu'aucune loi ne lui impose l'obligation de le faire, et qui porterait ainsi la peine du fait d'autrui? Cela est vrai surtout lorsque c'est le mari qui est commerçant. Il y aurait une souveraine injustice à vouloir que la femme, placée dans un état d'infériorité et de subordination nécessaire, payât pour son mari, qui seul a manqué à ses devoirs. Et même, dans le cas où c'est la femme qui est commerçante : le mari qui est protégé par son contrat de mariage n'a aucune précaution à prendre contre les créanciers

(1) Code comm., 69 *nouv.* — L'ancien article 69 du Code de comm. voulait que dans ce cas l'époux fût puni comme banqueroutier frauduleux.

(2) Sur cet article.

de sa femme, qui doivent s'imputer le tort qu'ils peuvent éprouver, faute par eux d'avoir vérifié l'état des conventions matrimoniales, sur le contenu desquelles l'absence de publication devait les tenir en éveil (1).

Mais si l'inobservation des formalités prescrites par les articles 68 et 69 n'est pas par elle-même une cause de nullité du contrat de mariage, ce n'est pas une raison, lorsque ces formalités sont prescrites à l'époux lui-même, pour qu'il ne soit pas responsable du préjudice résultant de leur inobservation. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation le 24 décembre 1860 (2), que l'inobservation par une femme mariée sous le régime dotal, qui est devenue commerçante depuis son mariage, des formalités prescrites par l'article 69 du Code de commerce pour la publicité de son contrat de mariage, constitue un quasi-délit dont la femme est responsable, et dont la réparation peut être poursuivie sur ses biens dotaux par les tiers qui ont contracté avec elle dans l'ignorance de sa véritable position. Dans ce cas ce n'est pas de la nullité du contrat de mariage que se prévalent les tiers, mais du principe de droit, consacré par l'art. 1382 du Code civil qui veut que chacun réponde du dommage causé par son fait, et de la jurisprudence constante qui étend ce principe à la femme et la considère comme responsable sur ses biens dotaux des délits et des quasi-délits dont elle s'est rendue coupable.

Quant au conjoint du commerçant, s'il y a eu fraude ou collusion de sa part; s'il a concouru à cacher aux créanciers les clauses que ceux-ci avaient intérêt à connaître, alors il devient responsable envers eux du tort qu'il leur a causé. C'est là une application toute naturelle du principe général de l'art. 1382 du Code civil (3).

Il faut, de plus, reconnaître que le notaire lui-même ne serait passible d'aucune peine, à raison du défaut de publication, si l'époux commerçant ne lui avait pas fait connaître sa qua-

(1) Cass., 20 avril 1869, D., 70, 1, 99; Bravard, t. II, p. 6.

(2) S., 61, 1, 983 ; M. Demangeat sur Bravard, t. I, p. 7, note 1.

(3) V. Dageville, *Code comm. expliqué par la jurispr.*, t. I, p. 222 ; Pardessus, n. 93.

lité, et si, d'ailleurs, le notaire n'en avait pas une connaissance personnelle (1).

Par contre, il a été jugé que le notaire qui a reçu un contrat de mariage, est tenu d'en faire la remise, sous les peines prononcées par l'article 68 du Code de commerce, par cela seul que dans le contrat l'un des époux est qualifié commerçant, bien que dans la réalité il ne le soit pas (2). On peut dire que cette solution, qui, appliquée d'une façon trop générale, semblerait sévère, se justifie par cette considération que le notaire ne peut être appelé à vérifier l'exactitude de la déclaration faite dans le contrat de mariage, et qu'il doit y obéir sans être admis à la discuter. Mais quand cependant il est établi que le notaire avait une connaissance personnelle de la fausseté de la qualification commerciale prise dans le contrat de mariage, il semble également qu'on ne saurait exiger de lui l'accomplissement d'une formalité reconnue inutile (3).

1018. Suivant M. Pardessus (4), si l'affiche du contrat de mariage était nécessitée par la qualité de la femme qui serait commerçante, et si le siége du commerce de la femme était dans un lieu autre que le domicile du mari, l'affiche devrait être faite non-seulement au domicile du mari, mais encore au domicile de fait de la femme. Sans aucun doute cette double affiche peut avoir son utilité ; mais je ne pense pas, en présence de la disposition formelle de l'article 872 du Code de procédure, auquel se réfèrent les articles 67 et 69 du Code de commerce, qu'on puisse en faire une obligation à la femme et au notaire, ni les punir d'une omission qui n'est que l'observation exacte du texte de la loi. Cette omission, d'ailleurs, ne peut causer aucun préjudice aux tiers qui connaissent le domicile du mari, et qui savent qu'ils y trouveront toutes

(1) Pardessus, *ibid.*

(2) Colmar, 4 mai 1829, S., 9, 2 ; D., 30, 2, 1.

(3) Voy. un jugement du tribunal de Foix du 10 juin 1862, et un jugement du tribunal de Valence du 16 déc. 1862, S., 63, 2, 268. Voy. aussi M. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° *Dépôt du contr. de mar.*, n. 10, et M. Ed. Clerc, *Traité du not.*, t. I, n. 376.

(4) N. 92.

les lumières qu'ils ne trouvent pas au domicile de fait de la femme.

1019. Voici maintenant les formalités de droit commun, c'est-à-dire qui concernent tant les non-commerçants que les commerçants. Elles sont prescrites par une loi du 10 juil. 1850 qui a fait diverses additions aux articles 75, 76, 1391 et 1394 du Code civil.

Cette loi, dans le but de mettre les tiers sur la trace du contrat de mariage, et de leur faciliter le moyen d'en connaître les dispositions, veut d'abord que l'officier de l'état civil, au moment où il célèbre le mariage, interpelle les futurs et ceux qui les assistent, sur l'existence d'un contrat de mariage, sa date et la résidence du notaire qui l'a reçu; et qu'il fasse mention dans l'acte de mariage de cette interpellation et des réponses des interpellés. Elle veut ensuite que, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme soit réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. Enfin le notaire rédacteur du contrat de mariage est tenu de donner lecture aux époux du dernier alinéa de l'article 1391 du Code civil, contenant l'addition faite par la loi du 10 juillet 1850; de faire mention de cette lecture dans le contrat de mariage, à peine de dix francs d'amende et de délivrer aux parties un certificat énonçant les indications nécessaires pour répondre aux interpellations qui devront leur être adressées par l'officier de l'état civil (1).

1020. C'est un principe de notre droit civil, que les époux ne peuvent modifier, pendant le mariage, les conventions matrimoniales qu'ils ont formées avant de s'unir, et par conséquent qu'ils ne peuvent changer le régime sous lequel ils se sont placés en s'unissant (2).

(1) Il a été jugé que la nécessité de cette lecture et de cette mention s'appliquait non-seulement au contrat de mariage lui-même, mais encore à l'acte additionnel et modificatif d'un contrat de mariage, Paris, 12 janv. 1856, S., 56, 2, 106. Mais le contraire a été jugé par d'autres arrêts. Voy Caen, 2 déc. 1856, S., 54, 2, 112, et Cass., 18 mars 1857, S., 57, 1, 251.

(2) C. civ., art. 1395.

Cependant, en certains cas, la femme qui s'est mariée sous un régime qui donne au mari l'administration de ses biens, est admise à reprendre cette administration par la voie de la séparation de biens.

La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme (1).

1021. L'article 1445 du Code civil veut que toute séparation de biens soit, avant son exécution, rendue publique par l'affiche au tribunal de première instance, et, de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, au tribunal de commerce de son domicile. Mais l'article 872 du Code de procédure, en prescrivant la lecture du jugement à l'audience du tribunal de commerce, et l'affiche par extrait, de la manière ci-dessus expliquée, pour le contrat de mariage (2), généralise cette disposition en l'appliquant même au cas où le mari n'est pas commerçant. Il est vrai que l'article 66 du Code de commerce, en reproduisant la même disposition, ne l'applique qu'au cas où le mari est commerçant. Mais il ne faudrait pas conclure de là que cet article 66 abroge l'article 872 du Code de procédure, et qu'il n'y a lieu à la publication et à l'affiche que lorsque les époux sont commerçants. L'article 66 du Code de commerce, qui n'avait à s'occuper que du commerce et de ceux qui l'exercent, a dû laisser en dehors de sa disposition les individus étrangers au commerce, qui sont restés dès lors régis par la disposition générale et de droit commun de l'article 872.

A défaut de l'accomplissement des formalités prescrites, les créanciers du mari sont toujours admis à s'opposer à l'exécution du jugement de séparation pour tout ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aura été la suite (3).

(1) C. civ., 1443.
(2) Voy. *sup.*, n. 1014.
(3) Code comm., art. 66.

1022. La communauté dissoute par la séparation de biens peut être rétablie du consentement des époux, par acte passé devant notaire et dont une expédition doit être affichée et publiée (1).

Mais ici se présente une difficulté. L'article 1451 du Code civil qui permet de rétablir la communauté, renvoie pour la forme de l'affiche à l'article 1445. Or, nous venons de voir que l'article 1445, qui ne prescrivait l'affiche au tribunal civil et au tribunal de commerce que si le mari était commerçant, a été modifié par l'article 872 du Code de procédure qui, en amplifiant les formalités de publication, et en maintenant l'affiche tant au tribunal civil qu'au tribunal de commerce, ne fait aucune distinction entre les commerçants et les non-commercants. De là naissent deux questions : la première, qui est de savoir si, entre non-commerçants, le rétablissement d'une communauté conjugale, dissoute par la séparation de biens, est valable, quoique l'acte portant ce rétablissement n'ait été affiché qu'au tribunal civil, et non au tribunal de commerce ; la seconde, qui est de savoir à quelles formalités d'affiche est soumis entre commerçants l'acte qui consomme ce rétablissement.

Sur le premier point, il nous semble certain, qu'entre non-commerçants le rétablissement de la communauté ne doit être affiché qu'au tribunal civil. L'article 1451 du Code, qui prescrit cette affiche, ne dit pas qu'elle doit avoir lieu dans la même forme que celle du jugement de séparation. Il ne la soumet qu'à l'observation des formalités prescrites par l'article 1445. Si donc l'article 872 du Code de procédure a prescrit pour le jugement de séparation d'autres formalités que celles qui étaient prescrites par l'article 1445, ce n'est pas une raison pour les appliquer à l'acte rétablissant la communauté, qui est uniquement régi par ce dernier article. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, le 17 juin 1839 (2).

(1) C. civ., art. 1451.

(2) S., 1839, 1, 460. — MM. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n. 914 ; M. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1167 ; Marcadé, sur l'art. 1451.

Il en est autrement dans le second cas, c'est-à-dire si l'un des époux est commerçant. Sans doute, si l'on s'en tenait aux articles 1445 et 1451 du Code civil, et à l'article 872 du Code de procédure, il faudrait reconnaître que ce dernier article, n'étant relatif qu'à la séparation de biens, il n'y a lieu de suivre que les articles 1445 et 1451, qui seuls s'occupent du rétablissement de la communauté. Mais c'est ailleurs qu'il faut chercher la solution de la question. Nous avons vu que l'article 67 du Code de commerce prescrit la publication par extrait, dans les formes de l'article 872, de tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant. Or, qu'est-ce que l'acte portant rétablissement de la communauté, sinon un véritable contrat de mariage quant à l'objet spécial qu'il se propose? Il faut donc appliquer à cet acte la disposition de l'article 67 du Code de commerce, et décider qu'il doit être affiché au tribunal de commerce et dans tous les autres lieux prescrits par l'article 872 du Code de procédure (1).

TITRE III

DE L'INCAPACITÉ DE CONTRACTER DANS SES RAPPORTS AVEC LA FACULTÉ DE FAIRE LE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 1023. — Des incapacités proprement dites. — 1022. — Différentes sortes d'incapacités. — 1025. Objet de ce titre.

1023. Nous avons vu (2) que la faculté de faire le commerce était restreinte par certaines incompatibilités fondées sur les convenances ou la nécessité. Nous allons nous occuper ici de certaines autres causes d'empêchement, résultant d'incapacités proprement dites, qui, s'appliquant aux actes et aux contrats de la vie civile, s'appliquent également et surtout aux actes et aux contrats de la vie commerciale.

— Voy. en sens contraire, Toullier, t. XIII, n. 118; Duranton, t. XIV, n. 430, *à la note;* M. Cubain, *Des droits des femmes*, n. 516, et Rouen, 6 nov. 1835, S., 36, 2, 207.

(1) V. cependant MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 21.

(2) Voy. *sup.* le chap. II du tit. Ier.

1024. En principe, toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (1). La loi déclare incapables de contracter les mineurs, les interdits, les femmes mariées; il y a des individus auxquels elle défend seulement certains actes ou certains contrats : tels sont les prodigues, les faillis et le mort civilement avant que la mort civile eût été abolie par la loi du 31 mai 1854 (2).

De ces incapacités, les unes sont purement légales, les autres sont à la fois naturelles et légales. Les unes sont absolues, les autres sont relatives ; c'est-à-dire que les unes ne peuvent cesser tant que dure la cause dont elles proviennent, tandis que les autres cessent devant l'accomplissement de certaines conditions.

Les mineurs, les interdits, les prodigues, les femmes mariées sont atteints d'une incapacité à la fois naturelle et légale. Mais l'incapacité du mineur et celle de la femme mariée sont purement relatives, puisqu'elles peuvent cesser quand le mineur ou la femme mariée ont reçu les autorisations nécessaires. Au contraire, l'incapacité de l'interdit ou du prodigue est absolue (du moins en ce qui touche le commerce), parce qu'elle ne peut être corrigée par aucune autorisation tant que dure la cause de l'empêchement.

Quant à l'incapacité du failli, qui est purement légale, elle est absolue, en ce sens que le failli ne peut, tant que dure l'état de faillite, faire certains actes; elle est relative, en ce sens qu'il y a des actes que le failli peut toujours faire.

1025. Nous allons nous occuper successivement de ces différentes incapacités. Nous terminerons cet examen par quelques mots sur l'état des Juifs.

(1) C. civ., 1123.
(2) *Ibid.*, 1124.

CHAPITRE PREMIER

DES MINEURS.

SOMMAIRE. — 1026. Définition de la minorité. — 1027. A quel âge cesse la minorité. — 1028. Du tuteur et de son administration. — 1029. De l'hypothèque légale du mineur sur les biens du tuteur. — 1030. De l'émancipation. — 1031. Nullité des actes faits par le tuteur sans l'accomplissement des formalités voulues, ou par le mineur seul ; action en restitution. — 1032. Par qui peut être demandée la nullité des actes faits par le mineur. — 1033. Du mineur autorisé à faire le commerce. Division du chapitre.

1026. Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de vingt-un ans accomplis (1). La loi considère l'homme au-dessous de vingt-un ans comme incapable d'avoir une volonté suffisamment réfléchie, et par conséquent comme incapable d'exercer par lui-même les actes de la vie civile. *Minores*, dit un ancien auteur, *non habent neque velle neque nolle* (2).

1027. La loi fait cesser la minorité à vingt-un ans : le mineur alors devient majeur. Mais on comprend que la durée de la minorité peut varier avec les temps et les lieux, selon que les influences du climat et les progrès de l'éducation hâtent plus ou moins les développements de l'intelligence. Ainsi autrefois la majorité était fixée à vingt-cinq ans dans la plus grande partie de la France ; et cet âge est encore aujourd'hui le terme de la minorité dans plusieurs États de l'Europe (3).

1028. Pour suppléer à l'incapacité du mineur, la loi lui

(1) C. civ., 388.

(2) Roccus, centur. 1, resp. 38, n. 9.

(3) La majorité est fixée à 21 ans dans les Deux-Siciles (art. 411), dans les États sardes (art. 367), en Bavière (L. 26 oct. 1813), en Saxe (*Droit statutaire*, liv. 1, art. 42), et en Russie (art. 160) ; à 22 ans en Angleterre et aux États-Unis (*M. Kent*, t. II, sect. XXXI) ; à 23 ans dans le royaume des Pays-Bas (art. 385) et dans le canton de Vaud (art. 286) ; à 24 ans, en Autriche (art. 21), en Prusse (part. I, tit. I, § 26), et dans le grand-duché d'Oldembourg (L. 15 juillet 1814, § 5) ; à 25 ans, en Wurtemberg (L. 21 mai 1828), en Hanovre (*ibid.*, 14 avril 1815, § 24), en Danemark (*Code de Chrétien V*, liv. III, tit. XVII), en Espagne (*Sala*, tit. I, liv. VIII), et en Portugal (*Mello freire*, liv. II, tit. XI, § 3). — Voy. M. Fœlix, *Droit international*, p. 117, note 1.

donne un tuteur, chargé de prendre soin de sa personne, et de le représenter dans tous les actes civils (1). Parmi ces actes, il en est que le tuteur peut faire de sa pleine autorité; il en est d'autres qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Et par une bizarrerie qui ne s'explique que par le peu d'importance de la richesse mobilière au moment où le Code civil a été fait, le législateur, qui a tracé des règles et des formalités impérieuses pour l'aliénation des immeubles du mineur, laisse ses biens meubles à la discrétion du tuteur (2). Il n'y a de règles à l'égard des meubles que pour les inscriptions des rentes sur l'État. Ces inscriptions appartenant à des mineurs, même émancipés, ne peuvent être transférées, lorsqu'elles sont au-dessus de 50 francs, soit par le tuteur du mineur non émancipé, soit par le mineur émancipé assisté de son curateur, qu'avec l'autorisation du conseil de famille (3).

1029. Dans les cas pour lesquels des formalités spéciales ne sont pas exigées, le mineur n'a d'autre garantie de la gestion du tuteur qu'une hypothèque légale qui frappe les biens de ce dernier pour toutes les sommes dont il est redevable par suite de la tutelle (4).

1030. L'incapacité du mineur cesse en partie par l'émancipation (5) qui lui remet l'administration de ses biens, mais qui le place sous la surveillance et l'autorité d'un curateur pour tous les actes qui excèdent les bornes d'une simple administration (6).

1031. Les actes faits par le tuteur au nom du mineur, ou par le mineur assisté de son tuteur, sans l'accomplissement des formalités voulues, sont nuls. Quant aux contrats faits par le mineur seul, alors même qu'ils seraient valables en eux-mêmes, le mineur, s'il en éprouve une lésion quelconque, à moins qu'elle ne provienne d'un événement casuel et im-

(1) C. civ., 450.
(2) Voy. un *Mémoire* de M. Rossi, inséré dans la *Revue de législation*, t. XI, p. 5.
(3) Loi du 24 mars 1806, art. 1 et suiv.
(4) C. civ., 2121.
(5) *Ibid.*, 476 et suiv.
(6) *Ibid.*, 481 et suiv.

prévu (1), peut obtenir sa restitution contre l'engagement pris par lui, et faire rescinder la convention. Cette action est ouverte en faveur du mineur non émancipé contre toutes conventions, et en faveur du mineur émancipé contre toutes conventions excédant les bornes de sa capacité (2).

1032. Il y a même cela de remarquable, quant aux actes faits par le mineur nonobstant son incapacité, qu'ils ne peuvent être attaqués pour cause d'incapacité que par le mineur, et jamais par les personnes capables avec qui il a contracté, de telle sorte que ces actes ne sont atteints que d'une nullité qui, purement relative au mineur, ne peut jamais profiter aux autres parties contractantes.

1033. Les règles générales sur l'incapacité des mineurs cessent à l'égard du mineur autorisé à faire le commerce; il se trouve alors soumis à des règles spéciales, dans le détail desquelles nous allons entrer.

Nous examinerons ensuite les conséquences que peuvent avoir certains incidents commerciaux relativement aux mineurs non commerçants contre lesquels ils réagissent, ainsi que quelques autres questions qui n'intéressent que les mineurs non commerçants, mais qui se rattachent au commerce, et rentrent par conséquent dans notre sujet.

SECTION I. — DU MINEUR AUTORISÉ A FAIRE LE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 1034. Le mineur émancipé ou non émancipé n'est pas de plein droit capable de faire le commerce. — 1035. Ancien droit sur la matière. — 1036. Droit nouveau. Le mineur émancipé peut faire le commerce quand il y est spécialement autorisé. — 1037. Forme de cette autorisation. — 1038. Elle doit être expresse et directe. — 1039. Elle peut être donnée par acte sous seing privé. — 1040. L'autorisation est nécessaire non-seulement au mineur qui veut devenir commerçant, mais encore à celui qui veut faire un acte de commerce isolé. — 1041. Elle peut être limitée à une certaine nature d'opérations ou de commerce. — 1042. Peut-elle être révoquée? — 1043. L'autorisation n'a d'effet que pour les actes commerciaux, et non pour les actes civils. — 1044. Des actes dont la cause commerciale n'est pas exprimée. — 1045. Effets généraux de l'autorisation. — 1046. Le mineur autorisé à faire le commerce est-il par cela même autorisé à contracter une société de commerce? — 1047. Le mineur autorisé à faire le

(1) C. civ., 1306.
(2) *Ibid.*, 1305. — Voy. nos annotations sur le § 582 de Zachariæ.

commerce, peut-il, pour le faire, s'associer avec son père qui l'a autorisé? — 1048. Le mineur commerçant est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce. — 1049. Il peut s'engager dans la même forme que les majeurs. — 1050. Ses engagements produisent les mêmes résultats. — 1051. Contrainte par corps. — 1052. Prescription. — 1053. Le mineur n'est pas restituable pour les faits de son commerce. — 1054. Il en est de même du mineur artisan. — 1055. Les obligations du mineur commerçant ne sont jamais réductibles. — 1056. Le mineur commerçant peut engager et hypothéquer ses immeubles. — 1057. Mais non les aliéner. — 1058. Ses créanciers peuvent les faire vendre. — 1059. Les créanciers commerciaux ne sont pas tenus dans ce cas de discuter préalablement le mobilier. — 1060. Du cautionnement consenti par le mineur commerçant. — 1061. Le mineur commerçant peut seul se prévaloir de son incapacité. — 1062. Effets de l'annulation des actes pour cause d'incapacité. — 1063. Le père qui a autorisé son fils à faire le commerce est-il responsable de ses faits et gestes? — 1064. De la faillite du mineur commerçant. — 1065. Transition à la section suivante.

1034. Le mineur non émancipé, n'ayant pas l'administration de ses biens, même de ses biens meubles, ne peut faire le commerce, puisque le commerce suppose tout au moins le droit d'administrer les choses qui en font l'objet. Il en est de même du mineur émancipé. Si l'émancipation lui remet l'administration de ses biens, et même lui donne jusqu'à un certain point le droit d'aliéner ses meubles, elle ne lui donne pas une capacité suffisante pour le commerce, puisqu'il n'a pas la libre disposition de ses capitaux (1); qu'il ne peut faire d'emprunts sans y être préalablement autorisé (2), et que toutes les obligations qu'il contracte sont réductibles, en cas d'excès, par les tribunaux (3).

Dans les cas ordinaires, les actes commerciaux faits par le mineur non émancipé ou émancipé sont donc nuls quand ils excèdent sa capacité, rescindables pour cause de lésion, ou réductibles en cas d'excès, suivant les circonstances (4), et, dans tous les cas, ne peuvent valoir que comme actes pure-

(1) C. civ., 482.
(2) *Ibid.*, 483.
(3) *Ibid.*, 484. — Voy. Straccha, *De mercaturâ*, part. III, p. 371, n. 19; et Scaccia, *De commerc. et camb.*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 17, n. 4 et suiv.
(4) C. civ., 481 et 484.

ment civils, sans produire aucune conséquence commerciale (1).

Tel serait l'achat d'un fonds de commerce par un mineur non autorisé à faire le commerce. Cet achat, bien que constituant en lui-même un acte de commerce (2), ne serait pas nul, comme tel, mais seulement comme acte civil, si le mineur avait procédé sans l'assistance de son tuteur (3).

1035. Cependant, autrefois l'opinion des docteurs, conforme à l'ancien usage de la plupart des cités commerçantes attesté par Straccha, reconnaissait aux mineurs le droit de commercer, *si sint approbati mercatores et in albo mercatorum descripti* (4). Et il paraît qu'à cette époque, et notamment en Italie, d'après le statut de Rome, il suffisait, pour que le fils placé sous la puissance de son père pût s'obliger commercialement et être porté *in albo mercatorum*, que sa demeure fût séparée de celle de son père, et qu'il fît publiquement le commerce : *quod filius familiâs seorsim à patre habitet, et publicè negotietur* (5).

Nos anciennes coutumes admettaient également les mineurs à faire le commerce et à s'obliger pour le fait de leur trafic et négoce, sans leur imposer l'obligation d'une autorisation préalable, et même sans exiger qu'ils fussent émancipés (6), condition dont quelques auteurs admettaient d'ailleurs la nécessité (7), et que, dès le temps de Henri III, on avait proposé d'introduire dans la législation (8). L'ordonnance de 1673, généralisant plus tard la disposition des coutumes locales, en fit le droit commun de la France par l'article 6 du titre Ier, qui porte : « Tous négociants et marchands en gros « et en détail, comme banquiers, seront réputés majeurs pour

(1) C. comm., 114. — Voy. *inf.* n. 1043 et 1048 et sect. II.
(2) V. *inf.*, n. 1390.
(3) Cass., 24 avril 1861, S., 61, 1, 626. — V. *inf.*, n. 1048 à la note.
(4) *De mercat.*, p. 371, n. 26 et suiv. — Voy aussi Marquardus, *De jure mercat.*, lib. III, cap. IX.
(5) Ansaldus, *De comm.*, disc. 63, n. 19.
(6) Voy. Toubeau, *Inst. du dr. consul.*, t. I, p. 349.
(7) Brodeau sur Louet, lettre F, n. 11.
(8) Voy. Toubeau, p. 350.

« le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être « restitués *sous prétexte de minorité.* »

C'était là autoriser expressément les mineurs à faire le commerce et les y autoriser sans condition. Néanmoins, Bornier (1) prétendait que l'article 6 de l'ordonnance, de même que la disposition des coutumes, ne devait s'appliquer qu'aux mineurs, marchands de profession, *approbati mercatores et in albo mercatorum descripti*, comme dit Straccha; et il voulait même que dans les villes où il y avait maîtrise, les mineurs ne pussent faire le commerce avant vingt-un ans, âge auquel se conférait la maîtrise.

Du reste, il n'était pas plus nécessaire sous l'ordonnance que sous les coutumes que le mineur fût préalablement émancipé : c'était au contraire le commerce qui l'émancipait (2).

1036. Le Code civil maintint en partie cet état de choses en reproduisant la disposition de l'ordonnance de 1673, qu'il restreignit toutefois aux mineurs émancipés (3), sans d'ailleurs soumettre le mineur émancipé qui voudrait faire le commerce à la nécessité d'une autorisation préalable.

Le projet du Code de commerce, qui vint un peu plus tard, s'était borné à reproduire l'ordonnance et le Code civil : « Tout mineur faisant notoirement le commerce, disait l'ar« ticle 2 de ce projet, est censé majeur quant aux engage« ments qu'il contracte pour fait de ce commerce. »

Le vague de cette rédaction frappa presque tous les tribunaux appelés à émettre leur avis sur ce projet; ils signalèrent l'incertitude d'une règle législative qui dépendait d'une appréciation de faits toujours incertaine; et quelques-uns allèrent même jusqu'à demander s'il était utile, sous l'empire d'une législation qui fixait la majorité à vingt-un ans, d'autoriser les mineurs à faire le commerce.

Ces observations portèrent leurs fruits : on reconnut au Conseil d'État que si, en général, et dans l'intérêt bien entendu du mineur, la carrière commerciale ne devait pas lui

(1) Sur cet article.
(2) Bornier, *ibid.*
(3) C. civ., 487 et 1308.

être ouverte, cependant elle ne devait pas non plus lui être absolument fermée, parce que son intérêt peut, en certains cas, exiger qu'il y entre, par exemple, lorsqu'il est appelé au commerce de son père décédé, lorsque le commerce est la condition d'un mariage, lorsqu'il se présente une association avantageuse qu'on ne retrouverait pas plus tard, etc., etc. (1). Dès qu'on admettait des cas où le mineur pouvait avoir intérêt à faire commerce, et que ces cas ne pouvaient être limités, il devenait nécessaire de le lui permettre d'une manière générale; mais en même temps et pour qu'on n'abûsât pas de cette permission, il fallait qu'il ne pût faire le commerce qu'autant qu'il y serait spécialement autorisé, et que cette autorisation fût entourée d'assez de précautions pour qu'il n'y eût pas lieu de craindre qu'elle fût donnée inconsidérément et à la légère.

1037. De ces diverses considérations sortit l'article 2 du Code de commerce, aux termes duquel « tout mineur émancipé, de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code civil de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, et être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père; ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile. »

Quatre conditions sont donc imposées au mineur qui veut faire le commerce.

La première, c'est qu'il soit émancipé dans la forme et de la manière déterminées par les articles 477 et suivants du Code civil, c'est-à-dire qu'il ait été jugé capable de se diriger sans le secours d'un tuteur et d'administrer ses affaires.

(1) Locré, *Esp. C. comm.*, sur l'art. 2.

L'émancipation qui a lieu de plein droit par l'effet du mariage (1) dispense d'une émancipation expresse; mais elle ne dispense pas de l'autorisation exigée pour compléter la capacité commerciale du mineur, l'émancipation par mariage ne produisant pas des effets autres ni plus étendus que l'émancipation ordinaire (2).

La seconde condition, c'est que le mineur ait atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. Tout mineur émancipé ne peut donc être admis à faire le commerce, puisque l'émancipation peut lui être accordée, dès l'âge de quinze, ans, par ses père et mère (3).

La troisième condition, c'est que le mineur émancipé, et qui a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, soit spécialement autorisé à faire le commerce. Cette autorisation lui est donnée par son père ou par sa mère, dont la tendresse ne permet pas de mettre en doute la sollicitude; ou, à défaut de père et de mère, par une délibération du conseil de famille, suivie de l'homologation par l'autorité judiciaire, qui garantit qu'il y a eu examen sérieux de la capacité réelle du mineur.

Enfin la quatrième condition, c'est l'affiche et l'enregistrement au greffe du tribunal de commerce du lieu où le mineur doit exercer son commerce : affiche tellement indispensable dans l'esprit du législateur, qu'il a été reconnu au Conseil d'État, lors de la discussion, que le mineur ne pourrait faire valablement aucun acte de commerce, même après en avoir obtenu l'autorisation, tant que cette autorisation n'aurait pas été affichée et enregistrée (4).

Il suit de là que le simple consentement du père ou de la mère ne suffirait pas pour habiliter le mineur à faire le commerce. Il faut un acte exprès d'autorisation dans la forme prescrite par l'article 2 du Code de commerce. C'est ce qui a été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de Poitiers le 3 mars 1843 (5).

(1) C. civ., 476.
(2) Voy. *inf.*, ch. IV, pour le cas où il s'agit d'une femme mariée mineure.
(3) Cod. civ., 477 et 478.
(4) Locré, sur l'art. 2 C. comm.
(5) D., 43, 2, 202.

1038. Il suit de là encore que l'autorisation doit être directe, et prouvée par la présentation même de l'acte revêtu des formalités voulues. Elle ne pourrait résulter d'un acte qui en supposerait l'existence. C'est par application de ce principe qu'un arrêt de la Cour de Bourges, du 26 janvier 1828 (1), a déclaré insuffisante pour habiliter un mineur à faire le commerce, une délibération par laquelle le conseil de famille autorise ce mineur à vendre ses immeubles pour faire honneur à ses engagements et donner plus d'extension à son commerce. Une telle délibération implique sans doute le consentement du conseil de famille, et suppose même, si l'on veut, l'autorisation antérieure, mais elle ne saurait en tenir lieu.

1039. Du reste, rien n'empêche que l'autorisation donnée par le père ou par la mère ne résulte d'un acte sous seing privé. On a prétendu le contraire, sous prétexte que rien ne garantirait la vérité de l'écriture et de la signature, et on a voulu que l'autorisation ne pût être donnée que devant notaire ou devant le juge de paix, ou par déclaration au greffe du tribunal de commerce (2). Ces différents modes sont parfaitement réguliers. Mais un acte sous seing privé ne l'est pas moins, puisqu'on peut faire légaliser la signature du père ou de la mère (3).

1040. Au surplus, l'autorisation dans la forme qui vient d'être expliquée est nécessaire, non-seulement au mineur qui veut devenir commerçant, mais encore à celui qui veut faire un acte de commerce isolé (4) : précaution qui équivaut à une véritable et salutaire prohibition, relativement aux actes isolés que pourrait vouloir faire un mineur ; car un fait unique et une spéculation passagère présenteront rarement assez d'intérêt et d'utilité pour déterminer le mineur et sa famille l'accomplissement des formalités par lesquelles il faut passer pour arriver à une autorisation.

1041. De ce que l'autorisation peut être limitée à un seul

(1) D., *ad notam*.
(2) Pardessus, n. 37 ; M. Bédarride, n. 87.
(3) Voy. M. Alauzet, t. I, n. 23.
(4) C. comm., 3.

acte, il suit, qu'à plus forte raison, elle peut être limitée à une certaine nature d'opérations, et que les parents du mineur, en lui conférant la capacité commerciale, peuvent déterminer le genre de commerce qu'il pourra entreprendre. Il n'y a dans une autorisation restreinte à un seul acte de commerce, ou à un seul genre de commerce ou d'opérations, rien qui soit contraire, ainsi qu'on l'a prétendu (1), aux intérêts des tiers ou du crédit : aux intérêts des tiers puisqu'ils sont éclairés par les termes mêmes de l'autorisation sur l'étendue et la capacité de celui avec qui ils traitent; aux intérêts du crédit, car on ne voit pas en quoi les conditions particulières dans lesquelles un mineur peut faire le commerce, seraient de nature à exercer une influence quelconque sur les conditions générales du crédit. Il est au contraire manifeste qu'il y a plus garantie de sécurité pour tout le monde dans une autorisation limitée aux facultés du mineur que dans une autorisation générale qui le laisserait maître de se lancer dans toutes sortes de spéculations sans mesurer ses forces. Nous reviendrons bientôt sur les conséquences de la règle qui permet les autorisations limitées (2).

1042. C'est une question assez grave que celle de savoir si l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce peut être révoquée. Il n'est pas douteux d'abord que cette autorisation ne peut pas lui être retirée directement et suivant le caprice des parents qui la lui ont donnée. Pour que le mineur puisse tirer un parti utile de cette autorisation, il faut qu'il ait une position assurée et qui ne soit pas à la merci de la volonté des tiers (3). Personne ne voudrait contracter avec lui, si sa capacité d'aujourd'hui ne devait pas être celle de demain. Aussi la question consiste-t-elle principalement à savoir si l'autorisation peut lui être retirée indirectement par le retrait du bénéfice de l'émancipation. La difficulté provient, d'une part, de ce que l'autorisation de faire le com-

(1) Voy. M. Beslay, t. I, n. 214 et suiv.

(2) Voy. *inf.*, n. 1045 et suiv.

(3) M. Bédarride, n. 94. Voy. en sens contraire M. Bravard, *Man. du droit comm.*, p. 18; M. Alauzet, n. 29.

merce ne peut être donnée, comme nous l'avons vu (1), qu'au mineur émancipé; et, d'autre part, de ce que le mineur émancipé, dont les obligations ont été réduites par les tribunaux pour cause d'excès (2), peut être privé du bénéfice de l'émancipation qui lui est retirée, en suivant les mêmes formes que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer (3) : et de là on a conclu que le retrait de la capacité de faire le commerce était une conséquence du retrait de l'émancipation, sauf à donner à cette révocation indirecte toute la publicité que l'autorisation avait reçue (4).

Quelque logique que soit cette solution, elle n'en soulève pas moins plus d'une objection. On peut dire que la révocation indirecte de l'autorisation de commercer produit les mêmes effets que si elle était directe, et trouble au même degré la sécurité des tiers, puisqu'elle peut être jetée à travers une opération commerciale dont elle bouleversera tous les résultats; que cette révocation indirecte a même cela de particulier, qu'elle ne provient pas d'une cause commerciale, et que le commerce du mineur peut dès lors se trouver interrompu pour des causes purement civiles. En effet, le retrait de l'émancipation ne peut avoir lieu que lorsque les tribunaux ont été appelés à réduire pour cause d'excès les obligations prises par le mineur. Or, comme nous le verrons bientôt, les obligations commerciales du mineur émancipé et autorisé à faire le commerce ne sont jamais réductibles : ses obligations civiles seules peuvent être réduites. Il pourra donc arriver que le mineur, auquel la loi a entendu laisser la plus grande liberté commerciale; qu'elle a, quant à son commerce, affranchi de tout contrôle, se trouve arrêté au milieu de ses opérations par suite du contrôle que la loi a maintenu sur ses opérations civiles, bien que, dans certains cas, ces opérations ne puissent exercer aucune influence sur sa position commerciale.

(1) *Sup.*, n. 1037 et suiv.
(2) C. civ., art. 484.
(3) C. civ., art. 485.
(4) Delvincourt, *Droit civil*, t. I, p. 318, *notes*; Pardessus, n. 58.

Mais on remarquera que ces objections seraient prises dans des considérations plutôt que dans la loi elle-même, dont les dispositions combinées conduisent à la révocation nécessaire de l'autorisation de faire le commerce, par suite du retrait de l'émancipation. On peut d'ailleurs répondre que le danger et les contradictions que renfermerait une révocation intempestive doivent disparaître dans l'application devant le soin avec lequel les tribunaux éviteraient de prononcer légèrement le retrait de l'émancipation, si ce retrait, qui est autant dans l'intérêt du mineur que dans l'intérêt des tiers qui traitent avec lui, devait compromettre ces intérêts. Et, d'u nautre côté, si les obligations commerciales du mineur émancipé et autorisé ne sont pas réductibles, le devoir des juges n'en est pas moins, quand ils sont saisis d'une demande en réduction des obligations civiles, de jeter un coup d'œil investigateur sur les obligations commerciales, dont la nature et le caractère influeront nécessairement sur la décision qu'ils sont appelés à rendre. De ce que les obligations commerciales ne sont pas réductibles, il en résulte seulement qu'une demande en retrait du bénéfice de l'émancipation ne peut être uniquement fondée sur ce que ces obligations auraient d'excessif (1); mais il n'en résulte pas que ces obligations ne puissent et ne doivent même être prises en considération, soit pour admettre, soit pour rejeter la demande en réduction fondée sur les obligations civiles.

Concluons de là que, si l'autorisation de commercer donnée au mineur émancipé ne peut lui être retirée directement, ce retrait est une conséquence de celui du bénéfice de l'émancipation auquel il reste exposé à raison de ses obligations civiles (2).

1043. Cette distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales du mineur autorisé à faire le commerce, suppose que l'autorisation ne l'habilite et n'augmente

(1) Voy. Delvincourt qui paraît être, cependant, d'une opinion contraire, t. I, p. 318, *notes*.

(2) Voy. MM. Bédarride et Alauzet, *loc. cit.* Bravard, Droit comm., t. I, p. 86.

sa capacité que pour les actes commerciaux, tandis que sa position civile n'en éprouve aucun changement. C'est en effet ce qui résulte de l'article 48 du Code civil, et de l'article 2 du Code de commerce qui, en assimilant au majeur le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce, n'étendent les effets de cette assimilation qu'aux engagements par lui contractés pour faits de commerce (1).

Toutefois cette restriction naturelle des effets de l'autorisation, admise sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (2), n'était pas généralement admise par les anciens docteurs italiens. *Minor exercens mercaturam*, disait Casaregis (3), *potest contrahere et se obligare ex quocumque contractu, licet illius obligatio, vel contractus, non respiceret mercaturam, vel ex causâ mercaturæ factus non sit.* Ansaldus, au contraire, dont cependant Casaregis invoquait l'opinion, ne reconnaissait aux mineurs commerçants une capacité suffisante pour s'obliger que relativement aux actes concernant leur commerce, *dummodò concernant ipsam mercaturam* (4).

C'est cette dernière opinion qui a prévalu et qui devait prévaloir. L'autorisation accordée au mineur émancipé de faire le commerce est spéciale, et non pas générale. Elle ne l'habilite donc pas pour tous les actes de la vie civile, mais seulement pour ceux auxquels elle se rapporte.

1044. Mais on peut se demander si, lorsqu'aucune cause n'est exprimée dans l'engagement souscrit par un mineur autorisé à faire le commerce, la cause doit être présumée commerciale, sauf la preuve contraire par ceux qui ont intérêt à n'y voir qu'un engagement civil, ou bien si, au contraire, on doit y présumer une cause civile.

Il faut distinguer entre les actes qui ont une forme essentiellement commerciale, ou qui par eux-mêmes constituent un acte de commerce, et ceux qui ont une forme civile.

Dans le premier cas, la forme de l'acte et le caractère com-

(1) Locré, sur l'art. 2 C. comm.; Bravard, Droit comm., t. I, p. 80. En sens contraire voy. M. Beslay, t. I, n. 222 et suiv.

(2) Jousse, sur l'art. 6 du titre de l'ord.; Bornier, *ibid.*; Toubeau, p. 355.

(3) Disc. 181, n. 4.

(4) *Disc gen. de comm.*, n. 88.

mercial que cette forme lui attribue, fait supposer une cause commerciale. Le mineur commerçant qui souscrit des lettres de change ou des billets à ordre, qui s'oblige par compte courant, faisant des actes commerciaux, ou tout au moins contractant des engagements dont la forme est commerciale, est présumé s'engager pour le fait de son commerce, tant que le contraire n'est pas judiciairement établi (1).

Mais il en est autrement quand il s'agit d'engagements qui ont une forme purement civile : la cause commerciale ne se présume pas, et c'est aux parties intéressées qui l'allèguent à la prouver, parce qu'on est fondé à conclure de la forme à la cause (2). On objecterait vainement en faveur de la présomption contraire qu'on doit, dans le doute, attribuer à l'acte plutôt une cause conforme à la capacité du mineur et relative à ses besoins commerciaux, qu'une cause étrangère qui l'empêcherait d'être valable : *In dubio et donec de contrario non doceatur*, dit Ansaldus (3), *mutuum præsumitur susbcriptum in causam seu ex causâ mercaturæ, quia nimirùm illa applicatio quam adhibet ergà negotium, cujus ratione dari solet indigentia pecuniæ, prævalet improvidæ dissipationi referebili ad alium titulum vel causam.* Sans doute, quand il s'agit d'apprécier un acte, il faut le considérer sous le point de vue qui le rend valable, plutôt que sous le point de vue qui l'annule, *potiùs ut valeat quàm ut pereat.* Ce n'est pas cependant une raison pour présumer une cause commerciale à un acte que sa forme range parmi les actes civils, quand rien n'empêchait d'exprimer la cause commerciale, si réellement elle existait. Il est bien vrai, et c'est là une autre objection faite par M. Delvincourt (4), que l'article 632 du Code de commerce répute actes de commerce toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers, sans distinguer si elles ont une forme civile ou une forme commerciale. Mais cette présomption n'a

(1) Voy. Cass., 23 mars 1857, S., 58, 1, 300.
(2) Pardessus, n. 62; Locré sur l'art. 2 C. comm.; Dageville, sur le même article; M. Alauzet, n. 53; M. Bédarride, n. 165 et 166.
(3) *Disc. gen.*, n. 91.
(4) Tom. I, p. 319, *notes*. Voy. aussi M. Molinier, n. 179.

lieu qu'à l'égard des commerçants majeurs qui sont capables pour les actes civils comme pour les actes commerciaux. Quant au commerçant mineur, qui n'est capable que pour les actes commerciaux, c'est à celui qui veut se prévaloir des actes du mineur à établir sa capacité, quand les actes eux-mêmes n'en renferment pas la preuve et conséquemment à prouver qu'ils ont pour cause le commerce de ce mineur (1).

1045. En nous résumant donc sur les différents points qui précèdent, il en résulte que, dans l'état actuel de la législation, les mineurs émancipés peuvent faire le commerce lorsqu'ils y sont spécialement autorisés dans la forme déterminée par l'article 2 du Code de commerce; que cette autorisation n'a d'effet que pour les actes commerciaux en général, ou pour les actes spéciaux auxquels elle se rapporte ; enfin, que les actes du mineur autres que ceux dont la forme est commerciale, sont présumés avoir une cause civile, tant que le contraire n'est pas prouvé.

1046. Ici se place une question qui n'est pas sans difficulté. C'est celle de savoir si le mineur autorisé à faire le commerce est par cela même autorisé à s'associer avec un tiers pour faire commerce.

Il n'est pas douteux d'abord que, l'autorisation de faire le commerce pouvant être limitée, on pourrait n'autoriser le le mineur à faire le commerce qu'à la condition de le faire seul, et que cette restriction expresse devrait être respectée par le mineur.

Mais quand cette restriction n'est pas exprimée, résulte-t-elle implicitement de la nature même de l'autorisation? M. Delangle (2) se prononce pour l'affirmative. « L'autorisation, dit-il, est un mandat, et, à ce titre, elle ne peut être étendue

(1) M. Bravard, t. I, p. 80, décide au contraire, sans distinction, que c'est toujours au créancier à prouver que l'acte dont la cause commerciale n'est pas exprimée est relatif au commerce du mineur. M. Demangeat, *ibid.*, pense au contraire que c'est toujours au mineur qu'incombe la preuve de la non-commercialité de l'acte. Je crois, par les raisons ci-dessus déduites, que la vérité se trouve entre ces deux opinions extrêmes. — Voy. M. Pont, *Contr. de mariage*, t. II, n. 802.

(2) *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 58.

au delà de ses termes. C'est pour faire un commerce déterminé et pour le faire seul que le mineur reçoit de sa famille la capacité qui lui manque; il ne peut pas aller au delà..... Lui reconnaître le droit de s'associer à son gré, même pour son commerce, c'est le livrer tout entier aux dangers que l'inexpérience entraîne. Rien n'est plus difficile que le choix d'un associé... Un mineur ne suffit pas à cette étude. Ignorant de tout et sans défiance, comme on est quand la vie commence, il n'éviterait aucun des piéges tendus à sa bonne foi, si sa famille ne se plaçait près de lui pour guider ses pas... » D'où cet auteur conclut, que c'est à la famille qu'il appartient de décider s'il convient d'ajouter au mandat qu'elle a donné précédemment un mandat nouveau. Je ne saurais partager ce sentiment qui me paraît reposer sur une fausse appréciation de la nature de l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce.

Si l'autorisation de faire le commerce est un mandat, c'est un mandat qui est général dans sa spécialité, et qui, embrassant tous les actes relatifs au commerce en général, ou à un certain commerce en particulier, donne au mineur, pour tous ces actes, une capacité égale à celle du majeur. Tant que le mineur se renferme dans le commerce qu'il est autorisé à faire, il n'excède pas les bornes de sa capacité; et il est évident qu'il ne fait pas autre chose que ce commerce, quand, au lieu de le faire seul, il s'associe un tiers avec lequel il fait les mêmes opérations qu'il eût pu faire seul. Le mineur qui peut acheter seul une partie des marchandises, les revendre seul, et profiter seul du bénéfice de la revente, peut, par la même raison, faire cette suite d'opérations de compte à demi avec une autre personne. Les circonstances peuvent le forcer de recourir à cette manière de procéder qui lui donne les moyens d'entreprendre avec le secours d'un tiers ce qu'il n'aurait pu entreprendre seul. Cependant, en agissant ainsi, il contracte une société momentanée et passagère, une association en participation (1); et il ne peut entrer dans l'idée de

(1) C. comm., art. 50.

personne de lui refuser l'usage d'une manière d'opérer qui est un des expédients les plus ordinaires du commerce.

En sera-t-il autrement, lorsque la société ou l'association, au lieu d'être formée pour une seule opération, sera formée pour deux ou pour plusieurs, et pour une suite d'affaires du même genre? Je ne saurais le croire. La multiplicité des faits n'en change pas la nature. Il ne faut pas plus de capacité pour faire une chose vingt fois que pour la faire une seule. Sans doute, une société proprement dite, formée pour une suite d'affaires, peut présenter plus de danger qu'une association plus ou moins passagère et qui n'a pour objet qu'une seule opération. Mais est-ce que le commerce lui-même, qui se compose d'une multitude d'opérations, dont la variété exige une aptitude également variée, ne présente pas des dangers? Si les parents d'un mineur l'autorisent à faire le commerce, c'est qu'ils le supposent capable d'éviter ces dangers et de les combattre; c'est que le mineur n'est pas « ignorant de tout, et sans défiance comme lorsque la vie commence; » autrement ils ne l'auraient pas autorisé à faire le commerce. S'ils l'ont cru capable de faire le commerce, ils l'ont nécessairement cru capable de s'associer pour le faire. C'est ce qui a été jugé avec raison par la Cour de Caen du 12 août 1828 (1).

1047. Il s'est présenté une autre question : c'est celle de savoir si l'autorisation générale de faire le commerce, donnée par un père à son fils mineur, laisse au père le droit de contracter lui-même une société de commerce avec ce mineur. Dans cette hypothèse, on reconnaît que le fils mineur, autorisé à faire le commerce, peut contracter une société avec un tiers; mais on demande si ce contrat, pour lequel le mineur est capable, peut se former entre le père et le fils. La négative a été jugée par un arrêt de la Cour de Douai du 21 juin 1827 (2). Cet arrêt considère « que l'autorisation de faire le commerce n'étant exigée que dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner d'une personne intéressée, et de la partie même

(1) S., 8, 2, 830; D., 31, 2, 19; M. Bédarride, n. 89; M. Beslay, t. I, n. 226.

(2) S., 8, 2, 280.

qui traite avec lui; qu'il est de principe en droit, que nul ne peut être auteur dans sa propre cause; d'où il suit que, dans l'espèce, le père n'a pu valablement autoriser son fils à contracter avec lui-même, puisque, dans la réalité, c'est bien moins celui qu'on autorise qui contracte, que celui de qui l'autorisation émane; et qu'un père qui autorise son fils mineur, n'agit que comme le représentant légal de ce dernier; qu'il est vrai de dire par conséquent que, dans de pareilles circonstances, le père devait être regardé, relativement à l'autorisation, comme n'existant pas, et qu'on devait recourir au conseil de famille; — Considérant d'ailleurs, ajoute l'arrêt, qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes qui ne permettent pas de douter que l'autorisation, quoique donnée dans des termes généraux, ne l'ait été que dans la vue d'habiliter le mineur à faire le commerce avec son père et à s'associer avec lui..... »

Il y avait, dans l'espèce de cet arrêt, des circonstances de fait qui permettaient de penser que le père, dont les affaires étaient dérangées, n'avait autorisé son fils à faire le commerce et ne s'était associé avec lui que pour rétablir sa fortune aux dépens de celle du mineur. Dans cet état de choses, l'autorisation et l'association qui en avait été la suite, pouvaient être considérées comme frauduleuses, et c'était assurément le cas de les annuler, dans l'intérêt du mineur ou de ses représentants.

On peut en dire autant d'un arrêt de Paris du 20 fév. 1858, rendu dans des circonstances particulières (1); et d'un autre arrêt de Douai du 16 août 1869 (2) qui juge que l'autorisation de faire le commerce donnée au mineur émancipé par son père ou par sa mère, est nulle lorsque, limitée au seul droit de contracter une société commerciale avec la personne de qui émane l'autorisation, elle a été consentie dans l'intérêt exclusif de cette personne et contrairement à l'intérêt du mineur. Ici encore il y avait une fraude qui ne permettrait pas de maintenir l'autorisation.

(1) S., 58, 2, 74.
(2) D., 70, 2, 87.

Mais, ces concessions une fois faites, je ne crois pas qu'en thèse générale, on soit fondé à décider que le père qui a autorise son fils à faire le commerce, ne puisse pas contracter une société avec lui, et qu'il faille, pour valider cette société, recourir à une autorisation spéciale du conseil de famille. La décision de la Cour de Douai du 21 juin 1827 repose sur des raisons qui n'ont rien de juridique. Peu importe, en effet, que l'autorisation émane d'une personne intéressée et de la partie même qui plus tard contractera avec le mineur, si d'ailleurs l'intérêt du père qui autorise n'a rien de contraire à l'intérêt du mineur autorisé. Sans doute personne ne peut être auteur dans sa propre cause, en ce sens qu'on ne peut se faire un titre à soi-même. Mais cette objection suppose que l'association n'a eu lieu que dans l'intérêt du père et contrairement à l'intérêt du fils; car il est manifeste que si l'association a lieu dans l'intérêt du fils, et c'est là le cas le plus ordinaire, l'autorisation aura pour but de créer un titre au fils plutôt qu'au père. Il y a, d'ailleurs, dans le père qui, sans fraude, autorise son fils mineur à faire le commerce, deux personnes distinctes: au père qui, en autorisant son fils, a abdiqué une partie de son pouvoir paternel, succède l'individu capable de s'obliger avec tous ceux qui en sont également capables, et qui, en habilitant son fils, n'a pas entendu abdiquer cette capacité. La société que le père et le fils contractent ensemble n'a donc rien de contraire aux principes du droit : ajoutons qu'elle n'a rien de contraire au texte même de nos lois civiles et commerciales; et que l'expédient indiqué par l'arrêt précité de la Cour de Douai, de faire intervenir le conseil de famille pour autoriser le fils à contracter une société avec son père, serait lui-même contraire à la volonté très-expresse de l'article 2 du Code de commerce, qui, en cette matière, n'a recours au conseil de famille qu'à défaut du père et de la mère.

Qui ne voit, d'ailleurs, que si on refusait au père et au fils la faculté de s'associer, il faudrait logiquement leur interdire la faculté de faire ensemble tout autre contrat commercial, puisque les motifs invoqués contre l'association s'appliqueraient également à toutes les autres transactions que le fils

n'eût pu faire s'il n'eût reçu l'autorisation de commercer (1)?

1048. Il nous reste à voir quels sont les effets de cette autorisation, relativement aux actes ou aux faits du commerce du mineur.

La règle générale, en cette matière, nettement posée par l'article 487 du Code civil, et par l'article 2 du Code de commerce, est que le mineur émancipé qui est autorisé à faire le commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce (2).

Il suit de là que les engagements des mineurs, pour fait de commerce, sont régis, quant à leurs formes et quant à leurs conséquences, par les mêmes règles que les engagements des majeurs.

1049. Quant à la forme, ils peuvent s'engager seuls et sans l'assistance de leur tuteur ou de leur curateur, pour tout ce qui concerne leur commerce, et sans avoir à observer les formalités qui, en pareil cas, sont imposées aux mineurs émancipés ou non émancipés. Dès qu'ils sont réputés majeurs, il faut bien qu'ils puissent agir comme tels. *Minores exercentes mercaturam*, disait Casaregis (3), *possunt contrahere absque solemnitatibus statuti*. L'autorisation qui leur est donnée de faire le commerce équivaut à une approbation et à une assistance anticipée pour tous les actes que ce commerce rend nécessaires : *Eo ipso quod proximiores vel judices non curant minorem filium familias vel mulierem amoveri ab illâ publicâ negotiatione*, disait très-bien Ansaldus (4), *censentur eam approbasse prœventivè pro omnibus actibus et contractibus quos in consequentiam necessariam trahit ipsa negotiatio*.

Le mineur ne cesserait d'avoir la capacité nécessaire pour

(1) M. Bédarride, n. 90. Voy. en sens contraire M. Alauzet, t. I, n. 28. V. aussi M. Beslay, t. I, n. 228 et suiv.

(2) Mais seulement celui qui est autorisé. Voy. *sup.*, n. 1034. Il suit de là que pour les actes de commerce par lui faits le mineur même émancipé, mais non autorisé à faire le commerce, n'est justiciable que des Tribunaux civils. Amiens, 8 fév. 1862, S., 62, 2, 110; Cass., 6 août 1862, S., 64, 1, 271; Nîmes, 5 nov. 1863, S., 63, 2, 256.

(3) *Disc.* 100, n. 15. Voy aussi *Disc.* 105, n. 18 et suiv.; et *Disc.* 181, n. 1. — Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 88 et 89.

(4) *Ibid.*

contracter seul, que dans les cas pour lesquels la loi lui aurait adressé une prohibition expresse : *Quando statutum loquitur prohibitivè* (1). Nous verrons plus tard un exemple d'une prohibition de cette nature (2).

1050. Quant au fond, ou quant aux conséquences du contrat, elles sont les mêmes pour les mineurs commerçants que pour les majeurs.

1051. Ainsi, le mineur contre lequel, en matière civile, la contrainte par corps ne pouvait, avant son abolition, être en aucun cas exercée (3), même lorsqu'il était émancipé, devenait soumis à cette voie d'exécution s'il avait été autorisé à faire le commerce (4). C'est ce qui a été jugé sous l'ancien droit, notamment par un arrêt du 30 août 1702, confirmatif de deux sentences rendues au Consulat de Paris, les 9 et 11 janvier précédents, contre un mineur commerçant, pour raison de lettres de change par lui souscrites.

1052. Pareillement, la prescription qui, dans les cas ordinaires, ne court pas contre les mineurs (5), même émancipés (6), ou qui ne court contre eux que sauf leur recours contre leur tuteur ou leur curateur (7), court toujours contre le mineur commerçant pour tous les faits relatifs à son commerce, sans qu'en aucun cas il ait un recours à exercer contre ceux qui sont préposés à la garde de ses affaires civiles.

1053. Mais ce qui caractérise surtout la position du mineur commerçant et l'assimile complétement au majeur, c'est qu'il n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, dans les cas où le majeur lui-même ne serait pas restituable (8). Peu importerait, en effet, que le mineur pût contracter valablement pour les besoins de son

(1) Casaregis, *Disc.* 105, n. 20.
(2) Voy. *inf.*, n. 1057.
(3) C. civ., 2064. — Voy. cependant *sup.*, n. 852.
(4) Toubeau, p. 350 ; Jousse sur l'art. 6, tit. I de l'ord. 852.
(5) C. civ., art. 2252. Voy. *inf.*, tit. IV, ch. II.
(6) M. Troplong, *Prescript.*, n. 740 ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. V, § 845.
(7) C. civ., art. 2278.
(8) *Ibid.*, 1308.

commerce, si les actes par lui faits, bien que valables en la forme, pouvaient être rescindés au fond comme ceux des mineurs ordinaires pour cause de simple lésion (1).

Ce privilége des mineurs commerçants, autrefois consacré par la législation des peuples commerçants du Nord et du Midi, ou approuvé par leurs usages (2), n'a pas été admis en France sans contradiction (3) ; et Chopin (4) cite un arrêt du Parlement de Paris, du 11 juillet 1585, qui a reçu un mineur commerçant à se faire restituer contre ses engagements. Néanmoins, le système de la non-restitution, qui avait fini par prévaloir devant les Parlements (5), et auquel s'étaient rattachés presque tous les auteurs (6), fut définitivement consacré par l'article 6 du titre Ier de l'ordonnance de 1673, qui porte expressément que les marchands sont réputés majeurs pour le fait de leur commerce, et ne peuvent être restitués sous prétexte de minorité. Cette disposition, après avoir passé dans l'article 1308 du Code civil, a été complétée par le Code de commerce, qui établit la nécessité de l'autorisation; de telle sorte qu'à la différence de ce qui se pratiquait sous l'ordonnance, le mineur commerçant non restituable n'est pas celui qui de fait exerce le commerce, mais celui qui a été régulièrement autorisé à l'exercer.

Il suit de là que le mineur qui se serait prévalu envers ceux avec lesquels il aurait contracté d'une autorisation qui n'existerait pas, serait néanmoins restituable contre les engagements qu'il aurait pris. Cette déclaration équivaudrait à une simple déclaration de majorité faite par le mineur, laquelle, aux termes de l'article 1307 du Code civil, ne fait point obstacle à la restitution. Ceux avec qui aurait traité le mineur

(1) C. civ., 1305. — Voy. *inf.*, n. 1067.

(2) Statut. de Lubeck; Marquardus, lib. III, cap. IX; Heineccius, *Elem. juris camb.*, cap. V, § 3; Straccha, *De mercat.*, p. 371, n. 26.

(3) Labbé et Ragnau, *Sur la coutume de Berry*, cités par Toubeau, p. 351.

(4) *De morib. paris.*, liv. II, tit. I.

(5) Arrêts du parlement de Bretagne, du 7 mars 1599, et du parlement de Provence, du 14 juin 1667, et autres cités par Toubeau, p. 351 et 352.

(6) Bartole, sur la loi 1 au Code *Qui et adversus quos;* La Thaumassière, sur Berry; Belordeau, *Controverses*, 3e partie; Boniface, liv. IV, titre VIII, ch. VII.

auraient à se reprocher de n'avoir pas vérifié l'exactitude de sa déclaration, en se faisant représenter la preuve de l'enregistrement et de l'affiche de l'autorisation.

Si, au contraire, le mineur avait reçu une autorisation régulièrement affichée et publiée, mais nulle à raison d'un vice caché aux tiers et qu'il n'aurait pas été en leur pouvoir de connaître, par exemple, si l'autorisation énonçait une émancipation qui n'existerait pas, le mineur ne serait pas restituable : cette fausse énonciation constituerait de sa part un dol, ou tout au moins un quasi-délit ; et il est de règle que le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit (1).

1054. Il est à remarquer que l'article 1308 du Code civil étend le bénéfice de la non-restitution au mineur artisan. Le mineur commerçant, banquier ou *artisan*, dit cet article, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son *art*. Or, comme nous l'avons déjà vu (2), un artisan peut être commerçant, mais un artisan n'est pas nécessairement commerçant. De là la question de savoir si l'article 1308 s'applique au simple artisan, ou bien seulement à l'artisan commerçant. Je pense qu'il s'applique au simple artisan, et je me fonde sur ce que cet article ne distingue pas seulement entre le *commerçant* et l'*artisan*, mais aussi entre le *commerce* et l'*art*, ce qui démontre qu'il a eu en vue aussi bien l'art seul, abstraction faite du commerce qui peut s'y mêler, que l'art compliqué d'un commerce. C'est au surplus en ce sens qu'on entendait autrefois l'article 6 de l'ordonnance de 1673 : « Sous ce mot de marchands, dit Jousse (3), sont aussi compris les ouvriers et artisans, qui sont pareillement réputés majeurs, pour le fait de leur métier, lorsqu'ils ont l'âge de vingt ans accomplis. »

Mais faut-il pour cela que le mineur soit autorisé à exercer son art de la manière prescrite par l'article 2 du Code de commerce pour le mineur qui veut exercer le commerce ? Je

(1) C. civ., 1310 ; Pardessus, n. 61.
(2) *Sup.*, n. 19.
(3) Sur cet article.

ne le pense pas. L'article 1308 du Code civil s'applique à la fois au mineur commerçant et au mineur artisan, tandis que l'article 2 du Code de commerce est uniquement relatif au mineur commerçant. Le mineur artisan n'a donc pas besoin, pour jouir du privilége de l'article 1308 du Code civil, de remplir les formalités de l'article 2 du Code de commerce (1).

1055. Enfin, une autre extension fort remarquable des droits du mineur autorisé à faire le commerce, c'est que, tandis que les obligations contractées par le mineur émancipé, dans les limites de sa capacité, sont réductibles en cas d'excès par les tribunaux (2), celles du mineur commerçant doivent être maintenues dans leur entier, comme celles du majeur auquel il est assimilé.

1056. Le mineur commerçant trouve donc en lui-même la capacité de s'engager seul, et aussi pleinement qu'un majeur pour raison de son commerce, soit en vendant et en achetant, soit en empruntant, soit en souscrivant des billets à ordre ou des lettres de change, soit en les endossant, sans pouvoir en aucun cas être admis à se faire restituer contre ses engagements, ou à les faire réduire.

Il peut même engager et hypothéquer ses immeubles. C'est là une conséquence naturelle de ce qu'il est considéré comme majeur, et de ce que, pouvant emprunter, il doit pouvoir contracter tous les engagements accessoires sans lesquels il ne pourrait parvenir à réaliser l'engagement principal. C'était un point constant sous l'ancienne jurisprudence (3), et que la disposition expresse de l'article 6 du Code de commerce ne permet pas de mettre en question.

Remarquons, au surplus, à cet égard, que le mineur commerçant qui aurait contracté une obligation hypothécaire dans laquelle il ne serait pas fait mention d'une cause commerciale, ne pourrait être reçu à se faire restituer contre cet engagement qu'autant que le créancier ne prouverait pas l'o-

(1) M. Boileux, *Comment. sur le Code civil*, sur l'art. 487, t. I, p. 356.

(2) C. civ., 484.

(3) Straccha, *De mercat.*, p. 272, n. 29 ; Jousse, sur l'art. 6, tit. I de l'ord. ; Toubeau, p. 350.

rigine commerciale de la créance. Il n'est donc pas nécessaire, pour que l'hypothèque ait son effet, que la cause commerciale soit énoncée dans l'acte d'obligation : il suffit que cette cause existe. C'est ce qui résulte de la discusion qui s'est élevée au conseil d'État sur le sens et la portée de l'article 6 du Code de commerce (1).

1057. Mais, si la faculté d'hypothéquer est une conséquence de la faculté de s'engager, qui ne pouvait être refusée au mineur commerçant, il en est autrement de la faculté d'aliéner ses immeubles, parce que, si cette aliénation peut en certains cas être nécessaire pour le commerce du mineur et pour le mettre à même de remplir ses engagements, elle n'en est cependant pas la conséquence indispensable. Aussi l'article 6 du Code de commerce ne permet au mineur commerçant d'aliéner ses immeubles qu'en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code civil, c'est-à-dire après un avis de parents, homologué par le tribunal civil, et aux enchères publiques devant le tribunal ou devant un notaire.

Sur ce point, d'ailleurs, plusieurs systèmes se sont trouvés en présence.

Sous l'ancien droit, on distinguait si l'aliénation de l'immeuble n'avait été faite par le mineur que sur la simple promesse d'employer le prix dans son commerce, ou si le mineur avait aliéné ou cédé l'immeuble pour demeurer quitte du prix de la marchandise, qu'il devait à l'acquéreur ou qui lui était vendue par le même contrat. Dans le premier cas, on admettait le mineur à se faire restituer contre la vente, à moins que l'acquéreur ne prouvât que le mineur en avait employé le prix dans son commerce, conformément à sa promesse. Dans le second cas, au contraire, on tenait l'aliénation pour légitime, parce que le mineur, étant réputé majeur pour le fait de son commerce, devait pouvoir disposer de son bien pour ce même commerce. Toutefois Jousse (2) pensait qu'il était plus prudent, dans le cas d'aliénation d'immeubles, de prendre les précautions dont on use ordinairement avec les

(1) Voy. Locré, sur cet article.
(2) Sur l'art. 6 de l'ord.

mineurs, c'est-à-dire de faire autoriser cette aliénation par une assemblée de famille.

Lors de la discussion qui eut lieu au conseil d'État sur l'article 6 du Code de commerce, on prétendit qu'en déclarant le mineur indéfiniment majeur relativement aux actes de son commerce, le Code civil l'avait affranchi de la nécessité d'obtenir l'autorisation de sa famille pour aliéner ses immeubles; que sans doute cette aliénation n'était valable que lorsque le prix en était employé au commerce du mineur; mais que, lorsqu'il avait justifié de cet emploi, la loi n'avait plus rien à lui demander.

Mais on répondait avec raison, selon moi, que le Code civil, en déclarant que le mineur négociant est réputé majeur relativement à son commerce, ne faisait que le relever de l'incapacité de s'engager, ce qui entraînait sans doute la faculté d'hypothéquer ses immeubles pour sûreté de ses engagements commerciaux, mais non celle d'en disposer et de les aliéner seul, fût-ce pour en employer le prix dans son commerce; que c'était par exception que la loi relâchait en sa faveur les liens de la minorité, et qu'il n'y avait aucune nécessité de lui accorder la faculté d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation du conseil de famille, qui serait toujours juge des besoins du mineur et de l'utilité de l'aliénation (1).

C'est ce système qui devait prévaloir et qui a prévalu.

1058. Cependant, de ce que le mineur commerçant ne peut aliéner ses biens que sous certaines conditions et en remplissant certaines formalités, il ne s'ensuit pas que ses créanciers civils ou commerciaux, dont ils sont le gage, ne puissent les faire vendre qu'en recourant aux mêmes formalités préalables.

1059. Il y a plus; les créanciers commerciaux ne seraient pas obligés, avant de mettre les immeubles en vente, de discuter le mobilier, comme dans le cas où il s'agirait des biens d'un mineur émancipé ou non émancipé, non autorisé à faire le commerce (2). Les créanciers civils seuls seraient tenus de

(1) Locré, sur l'art. 6 C. comm.
(2) C. Civ., art. 2206 et 2207.

faire cette discusion préalable. C'est encore là une conséquence de ce que le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce.

1060. Nous avons vu plus haut que le mineur commerçant s'oblige valablement pour tout ce qui est relatif à son commerce. Il suit de là que, lorsque les besoins de son commerce l'exigent, il peut s'obliger non-seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt des tiers en devenant leur caution. C'est ce qui a lieu lorsque le mineur endosse, pour les besoins de son commerce, une lettre de change ou un billet à ordre. Il fait là dans son intérêt propre une opération commerciale, tout en se rendant caution solidaire du payement de l'effet. Le cautionnement qu'il peut donner dans une forme commerciale, quand il se rattache à son commerce, il peut également le donner dans une forme civile. Les droits du mineur dépendent ici de l'objet auquel il les applique, et non de la forme dans laquelle il les exerce. Mais le mineur commerçant ne pourrait cautionner une dette même commerciale, si cette dette était étrangère à son commerce particulier. Il y a un arrêt du parlement de Dijon, du 28 juillet 1604 (1), par lequel un marchand mineur qui avait cautionné un autre marchand, quoique pour marchandises, a été déchargé de son cautionnement, « parce qu'il ne suffit pas, dit Jousse, qui cite cet arrêt (2), que le mineur s'oblige pour marchandises quand elles sont pour le compte d'autrui; mais il faut qu'il s'oblige pour le fait de son commerce. »

Il suit de là que le cautionnement donné par le mineur pour un cause étrangère à son commerce serait sujet à restitution, lors même qu'il serait donné dans une forme commerciale; tel le cas où le mineur aurait apposé des signatures de complaisance sur des effets de commerce; avec cette différence que dans le cas où il s'agirait d'un endossement, qui constitue une manière directe de s'obliger personnellement, et qui ne renferme le cautionnement que d'une manière indirecte, il y aurait lieu de présumer qu'il a été souscrit pour le commerce

(1) Bouvot, *Questions*, t. I, v° *Fidéjusseur*, quest. 3.

(2) Sur l'art. 6 de l'ord.

du mineur, sauf à lui à prouver le contraire; tandis que, s'il s'agissait d'un aval, qui ne peut jamais être considéré que comme un cautionnement, il y aurait lieu de consulter les circonstances pour en reconnaître la cause (1).

1061. Remarquons que tous ceux qui se sont engagés envers le mineur commerçant ne peuvent jamais lui opposer son incapacité pour annuler les actes qu'ils ont faits avec lui : le mineur seul peut s'en prévaloir (2).

1062. Il y a plus : lorsque le mineur est admis à se faire restituer contre les engagements qu'il a pris et qui excèdent sa capacité, ceux avec qui il a traité sont tenus de lui rembourser les sommes qu'il leur a payées, tandis qu'il n'est tenu de rembourser ce qui lui a été payé en vertu de ses engagements que lorsqu'il est prouvé que ce qui lui a été payé a tourné à son profit (3).

Ceux qui traitent avec le mineur commerçant doivent donc non-seulement vérifier sa capacité et s'assurer qu'il est autorisé à faire le commerce, mais encore ne pas se hasarder à contracter avec lui lorsque l'acte ne se rapporte pas au commerce du mineur, puisqu'ils se trouveraient exposés à voir le mineur provoquer l'annulation de l'acte, s'il n'en résultait pas pour lui les avantages qu'il en attend, tandis qu'ils seraient liés eux-mêmes par les engagements qu'ils auraient contractés, et que l'annulation ou la restitution admise dans l'intérêt du mineur ne remettrait pas toujours à leur égard les choses dans leur état primitif.

1063. Pour terminer ce que j'avais à dire sur le mineur autorisé à faire le commerce, il reste à examiner la question de savoir si ses engagements commerciaux peuvent, lorsqu'il est insolvable, rejaillir contre ses père et mère ou autres qui l'ont autorisé.

La Thaumassière, dans son commentaire sur les coutumes du Berry et du Bourbonnais (4), dit que le père est tenu des

(1) Voy. M. Bédarride, n. 171 et 172, et M. Bravard, tit. I, p. 79.
(2) C. civ., 1125. M. Beslay t. I, n. 256. Voy. *sup.*, n. 1032.
(3) *Ibid.*, 1312. Voy. *sup.*, n. 1032.
(4) Toubeau, p. 354.

engagements de son fils marchand, si celui-ci demeure et exerce la marchandise au logis de son père, ou si, demeurant ailleurs, il l'exerce avec son consentement ; parce que, dans le premier cas, il semble être son facteur, et que, dans le second, l'autorisation ou le consentement du père équivaut à un cautionnement. Il paraît, en effet, que, d'après les statuts de Lucques et de Florence (1), le père qui permettait à son fils de négocier, était tenu de payer ses dettes. Toubeau (2) cite même un arrêt du Parlement de Provence, du 31 juin 1633 (3), qui l'aurait ainsi jugé.

Pierre Lenoir, fils mineur de Denys Lenoir, marchand à Marseille, s'établit à Alep en 1628 ; là il avait acheté des marchandises dont une partie notable avait été expédiée à son père. Il devait pour ces marchandises deux cent mille livres aux marchands du pays qui les lui avaient vendus. Vivement poursuivi à raison de cette somme qu'il ne pouvait payer, il s'adressa à André Guigonis qui le tira d'affaire en payant pour lui. Mais en même temps Guigonis se fit souscrire une obligation pour le montant des sommes qu'il avait déboursées. Plus tard, Guigonis assigna Lenoir père et fils ; l'un comme obligé principal, l'autre comme responsable. Il prétendait avoir contre le père l'action *quod jussu* et l'action *de in rem verso* : l'action *quod jussu*, parce que c'était lui qui avait envoyé son fils à Alep pour y négocier; l'action *de in rem verso*, parce qu'il avait profité du négoce de son fils, en recevant ses marchandises. Il disait encore qu'il avait l'action *mandati*, parce que le fils devait être considéré comme le mandataire ou le facteur de son père.

Lenoir père niait qu'il eût autorisé son fils à s'établir à Alep et à y faire le commerce ; il niait aussi que son fils eût été son facteur; et il soutenait qu'il n'avait jamais profité du commerce de celui-ci. Néanmoins, par l'arrêt précité, le Parlement de Provence le déclara responsable.

On voit de suite que cet arrêt ne peut avoir aucune autorité

(1) Toubeau, p. 354.
(2) Voy. *ibid.*
(3) Boniface, t. II, liv. IV, titre XVII, ch. II.

sur la question actuelle; car rien ne prouve que la responsabilité admise contre le père ait eu pour principe l'autorisation que le père aurait donnée à son fils, plutôt que le mandat qui était allégué. Il est manifeste, en effet, que si le fils était le facteur et le mandataire de son père, le père etait tenu avec le fils des engagements que celui-ci avait pris pour l'exécution du mandat; et dans l'hypothèse d'un mandat, il n'y avait plus à s'occuper du point de savoir si l'autorisation donnée par le père au commerce de son fils, suffisait pour le rendre responsable des suites de ce commerce.

Je crois d'ailleurs qu'il n'y a rien à conclure aujourd'hui de la solution que la question aurait reçue autrefois. Dans les lieux où le statut local accordait un secours contre les père et mère du mineur commerçant, la loi empêchait qu'il n'y eût question. Dans les lieux, au contraire, où la loi et la coutume se taisaient aussi bien sur la responsabilité des père et mère qui n'empêchaient pas leur fils mineur de faire le commerce, que sur la nature et les effets de cette tolérance, on comprend qu'on ait pu voir dans cette tolérance même une sorte de garantie, et décider que les parents qui ne s'opposaient pas au commerce de leur fils mineur, s'engageaient tacitement à répondre pour lui. Le silence du législateur laissait le champ libre aux opinions et aux doctrines.

Mais aujourd'hui que la loi détermine la forme de l'autorisation qui rend le mineur capable et qui l'assimile au majeur pour tous les faits de son commerce; que cette autorisation est portée à la connaissance des tiers qui sont instruits par là de la capacité du mineur, et de la liberté qui lui est donnée, je ne vois pas sur quel prétexte les créanciers du mineur commerçant se fonderaient pour exercer un recours contre ceux qui l'ont autorisé. Cette autorisation expresse, directe quoique générale, n'a d'autre objet que d'habiliter le mineur, de le rendre capable et de lui permettre d'agir à ses risques et périls. Elle ne saurait donc renfermer une soumission tacite de la part des parents à cautionner les faits pour l'accomplissement desquels le mineur est autorisé. On ne comprendrait pas comment cette autorisation, qui affranchit le mineur de

tout contrôle relativement aux faits de son commerce, pourrait se concilier avec une garantie qui suppose nécessairement un droit de surveillance et d'examen.

Il faut donc décider que le mineur commerçant, qui s'engage pour son commerce, n'oblige que lui ; et que ses obligations ne réfléchissent ni sur ses père et mère, ni, à plus forte raison, sur les autres parents qui l'auraient autorisé.

1064. La faillite du mineur commerçant est régie par les mêmes règles et soumise aux mêmes effets que celles des commerçants majeurs. La faillite est une suite des engagements commerciaux ; et comme, pour ces engagements, le mineur est réputé majeur, il doit subir toutes les conséquences actives et passives de la capacité exceptionnelle qui lui est attribuée.

1065. Je passe maintenant à l'examen des questions commerciales qui intéressent le mineur non commerçant.

SECTION II. — DES MINEURS NON COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 1066. Objet de la section II. — 1067. Capacité des mineurs non commerçants, relativement aux lettres de change et aux billets à ordre. — 1068... Pour contracter une société... Société en nom collectif. — 1069... Association en participation. — 1070... Société anonyme ou en commandite. — 1071. Une société peut continuer avec les héritiers mineurs de l'associé décédé. — 1072. Dans ce cas le mineur ne devient pas commerçant — 1073. L'héritier mineur reste également associé dans une société anonyme ou en commandite. — 1074. Droits du mineur relativement à la propriété littéraire. — 1075... A la propriété littéraire et aux brevets d'invention. — 1076. Un mineur peut-il être partie à un contrat d'assurances? — 1077. Le mineur peut-il donner un mandat ? — 1078. Peut-il être mandataire ? — 1079. Le mineur peut-il compromettre? — 1080. Le mineur peut-il louer ses services ? — 1081... S'engager dans la marine marchande ? — 1082. Age requis pour remplir certains grades.

1066. Nous avons posé au commencement de ce chapitre le principe général de l'incapacité du mineur ; et nous avons vu ensuite que cette incapacité cesse relativement et en partie quand le mineur est autorisé à faire le commerce.

Il nous reste à chercher maintenant la capacité du mineur relativement à quelques actes, qui revêtent d'une manière plus ou moins complète le caractère commercial, et à exa-

miner si, quand le mineur n'est pas spécialement autorisé à faire le commerce, il peut faire ces actes avec l'autorisation de son tuteur ou du conseil de famille.

1067. Aux termes de l'article 114 du Code de commerce, les lettres de change souscrites par les mineurs non négociants sont nulles à leur égard. Il suit de là que la seule autorisation qui puisse habiliter le mineur, même émancipé, à souscrire, ou, ce qui revient au même, à endosser des lettres de change ou des billets à ordre (1), est celle de faire le commerce, et qu'on ne pourrait faire résulter une autorisation suffisante de l'assistance du tuteur ou du curateur. D'anciens auteurs paraissaient, il est vrai, accorder aux mineurs, même non commerçants, la faculté de souscrire des lettres de change (2) ; d'autres, plus modernes, tout en reconnaissant leur incapacité, ne leur accordaient que le droit de se faire restituer (3), ce qui les mettait dans l'obligation de prouver une lésion quelconque. Mais aujourd'hui les lettres de change souscrites par les mineurs sont radicalement nulles à leur égard, sauf, ajoute l'article 114, les droits respectifs des parties conformément à l'article 1312 du Code civil; c'est-à-dire que, sans avoir à prouver aucune lésion résultant du contrat, le mineur a le droit de répéter ce qu'il a payé, tandis qu'il n'est tenu de rendre ce qu'il a reçu qu'autant que la somme a tourné à son profit (4), à la charge par celui qui l'actionne de prouver d'abord que le mineur a reçu, ensuite que ce qu'il a reçu a tourné à son profit. Et cette preuve ne saurait résulter de la seule énonciation de la valeur reçue dans une lettre de change ou un billet à ordre, souscrit par un mineur, puisque les lettres de change ou les billets à ordre devant toujours contenir cette énonciation, il s'ensuivrait, si elle faisait preuve contre le mineur et de ce qu'il a reçu et du profit qu'il en a tiré, qu'il serait toujours obligé de rendre, de telle sorte qu'en

(1) C. com., 187.

(2) Titius, *Jus privat.*, lib. XX, cap. v, § 10.

(3) *Illorum enim cambia non planè nullius momenti sunt; his verò læsi competit beneficium restitutionis in integrum.* Heineccius, *Elem. juris camb.*, cap. v, § 3. — Pothier, *Du contrat de change*, n. 28.

(4) C. com., 114 ; C. civ., 1312.

définitive les lettres de change ou les billets à ordre souscrits par le mineur recevraient toujours leur effet, et qu'en d'autres termes, ils ne seraient jamais nuls (1).

Quand ce mineur n'a pas profité de ce qu'il a reçu, il n'est tenu à aucune restitution, alors même que la cause indiquée serait fausse, cette fausse cause ne pouvant être assimilée à un délit ou à un quasi-délit ayant pour effet de l'obliger personnellement aux termes de l'article 1310 du Code civil (2).

Il y a plus : de ce que la lettre de change souscrite ou acceptée par un mineur non commerçant est nulle à son égard comme contrat commercial, et ne peut produire à son égard les effets attachés à cette nature d'obligations, il en résulte que si, devenu majeur, il ratifie l'engagement par lui pris en minorité, cette ratification ne peut le soumettre à d'autres conséquences que celles qui étaient attachées au titre primitif (3).

Du reste la nullité de la lettre de change souscrite par un mineur lui est purement personnelle, et l'effet reste valable pour les autres signataires ou endosseurs, coobligés du mineur et ses cautions solidaires. C'est là une application de ce principe de droit consacré par l'article 2012 du Code civil, qu'on peut cautionner une obligation, encore qu'elle puisse être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité. « *Hæc personæ inhabilitas quæ inficit cambium contractum ab ipsâ personâ inhabili*, dit Scaccia (4), *non se extendit ad fidejussorem, seu mandatorem habilem, quia is intelligitur obligatus, uti principalis et in solidum; quarè si quis suprà se pro alio, seu computo alterius tractam aliquam fecerit, vel quid solvi, aut credi mandaverit, vel ordinem aliquem observari ordinaverit, exceptionem aliquam vel defensionem ex personâ ipsius principalis allegare non poterit, ut puta quod principalis esset minor, vel fœmina aut aliàs quoquo modo inhabilis.* »

1068. Nous avons vu plus haut comment le mineur émancipé, autorisé à faire le commerce, peut contracter une société.

(1) Cass., 26 nov. 1861, S., 62, 1, 177.
(2) *Ibid.*, 19 fév. 1856, S., 56, 1, 301.
(3) *Ibid.* 8 nov. 1859, S., 60, 1, 164.
(4) *De comm. et camb.*, § 1, *quæst.* 7, lim. 17, n. 8.

Quant au mineur non autorisé à faire le commerce, il faut distinguer.

S'il s'agit d'une société commerciale en nom collectif, le mineur, même émancipé, ne pourrait, quoique assisté de son tuteur ou autorisé par le conseil de famille, contracter une société de cette nature, à moins que l'autorisation qui lui serait donnée n'embrassât, dans ses termes et dans sa forme, l'autorisation de faire le commerce. Une autorisation ordinaire telle que celle qui est requise pour l'aliénation ou l'engagement des biens du mineur, n'est pas suffisante (1), parce que, en supposant qu'elle valût comme autorisation d'apporter en société, soit des immeubles, soit des valeurs mobilières, elle ne vaudrait pas autorisation pour les actes successifs et multiples que suppose une association qui ne se forme pas pour rester inactive, mais au contraire pour entreprendre et pour agir. Les anciens auteurs italiens admettaient, il est vrai, la possibilité d'une société contractée par un mineur autorisé, et dans la forme exigée par les statuts locaux pour la validité des actes intéréssant les mineurs (2). Mais cette solution, qui pouvait être admise sous l'empire de statuts ou d'usages qui n'exigeaient même pas une autorisation expresse pour que le mineur pût faire le commerce, ne saurait exercer aucune autorité aujourd'hui qu'il y a, sur la capacité du mineur, d'autres règles avec lesquelles elle ne pourrait concorder.

1069. Tout ce qui vient d'être dit serait également applicable, et par les mêmes motifs, au cas d'une association en participation.

1070. Si, au contraire, il s'agissait d'une société anonyme ou d'une société en commandite, comme la prise d'actions ou de parts d'intérêt dans les sociétés de cette nature n'engage que les capitaux qui y sont versés, le mineur émancipé qui peut disposer de ses capitaux avec l'assistance de son cu-

(1) C. civ., 457.

(2) *Minor societatem contrahere non potest sine solemnitatibus statutariis*, dit Casaregis, *Disc.* 181, n. 15. — Il y a aussi une décision de la Rote de Rome dans le même sens, rapportée par Casaregis, *Disc.* 145, n. 22.

rateur (1), qui peut disposer seul de ses revenus (2), est capable, dans le premier cas avec l'assistance de son curateur, et seul dans le second, de prendre un intérêt dans une société en commandite ou dans une société anonyme ; sauf, en cas d'excès, le droit qui appartient toujours aux tribunaux de réduire les obligations qu'il a contractées (3).

Quant au mineur émancipé, il me semble hors de doute que son tuteur, qui a l'administration et la disposition, sous sa responsabilité, de sa fortune mobilière, peut, pour faire emploi des capitaux, acheter au nom du mineur des actions sociales dans des sociétés anonymes ou en commandite. Ce n'est là qu'un placement de fonds et non une association proprement dite (4).

1071. Du reste, les principes qui viennent d'être exposés sur l'incapacité du mineur pour contracter une société en nom collectif ou une association en participation, cessent d'être applicables lorsque le mineur se trouve contraint à rester intéressé, après le décès de son auteur, dans une société commerciale que celui-ci aurait formée en stipulant qu'elle continuerait avec ses héritiers (5) ; l'héritier mineur se trouve alors forcément engagé dans la société.

M. Duvergier (6) a élevé des doutes sur ce point. Il se fonde sur ce que l'aliénation et l'administration des biens du mineur sont assujetties à une foule de formalités gênantes et coûteuses ; que si l'on décide que la société continue, les opérations sociales seront entravées par l'acomplissement des formes applicables à l'état de minorité : et que les règles relatives aux mineurs seront violées si on néglige l'accom-

(1) C. Civ., 482.

(2) *Ibid.*, 481.

(3) *Ibid.*, 484. — M. Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 57.

(4) *inf.*, n. 1390.

(5) M. Duranton, t. XVII, n. 473 ; M. Pardessus, n. 61, M. Troplong, *Des sociétés*, n. 954. Liége, 26 juillet 1827, *Journal de Bruxelles*, 1827, 2e partie, p. 416. — Cet arrêt juge que l'article 1868 du Code civil, qui permet de stipuler qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, est applicable au cas où l'héritier de l'associé est mineur. V. dans le même sens Bordeaux, 29 juil. 1862, S., 63, 2, 31.

(6) *Du contrat de société*, n. 441. — Voy. aussi M. Delangle, t. II, n. 651.

plissement de ces formes. Il est certain, ajoute-t-il, que si un héritier déjà admis au lieu et place de son auteur venait à être frappé d'interdiction, la société serait dissoute ; il est, dès lors, tout naturel que l'état de minorité empêche d'établir des rapports que l'état d'interdiction ferait cesser.

A ce dernier argument on peut répondre, avec M. Troplong (1), que l'interdiction d'un associé ne rompt la société que lorsqu'il n'a pas été stipulé qu'elle continuerait malgré ce changement d'état. La société peut donc continuer avec l'héritier mineur, comme elle peut continuer avec l'interdit si telle a été la convention des parties. Il y a en effet une grande différence entre la constitution d'une société avec un incapable et la continuation, avec un incapable, d'une société déjà constituée entre des personnes capables de s'obliger. La société constituée avec un incapable est infectée, relativement à cet incapable, d'un vice originel qui empêche qu'à son égard il n'y ait eu contrat. Lorsque, au contraire, la société a été contractée entre personnes capables de s'obliger, qui sont convenues que le décès de l'un des associés ne dissoudra pas la société, mais qu'elle continuera avec les héritiers du décédé, la minorité de ces héritiers ne fait pas obstacle à la continuation. Telle a été la loi des parties, obligatoire pour les associés survivants comme pour les héritiers mineurs.

Ceux-ci succèdent aux obligations sociales de leur auteur par l'effet de cette règle du droit commun qui, dans l'hypothèse prévue, est devenue une condition du contrat de société, qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention (2). Il peut y avoir des inconvénients à ce qu'une société continue avec un incapable ; mais ces inconvénients ont été acceptés et prévus par les parties qui avaient sans doute leurs raisons pour les préférer aux inconvénients plus certains peut-être et plus nombreux d'une dissolution, qui viendrait à contre-temps rompre les relations sociales et jeter

(1) *Des sociétés*, n. 951.
(2) C. civ, 1122.

la perturbation dans des entreprises non encore terminées.

Il faut d'ailleurs avoir soin de remarquer que la présence d'un mineur dans une société déjà constituée ne peut jamais être un embarras pour le mineur, mais seulement pour ses coassociés et pour les tiers; et que cet embarras lui-même est beaucoup moins grand qu'on ne se l'imagine. Sans doute, lorsqu'il s'agira d'aliéner les biens de la société dont une portion indivise appartient au mineur; lorsqu'il s'agira de transiger, il faudra suivre les règles spéciales aux mineurs ; mais, dans tous les cas de pure administration, les coassociés du mineur continueront de gérer la société comme par le passé. Il est vrai que cette gestion pourra obliger le mineur et lui imposer des dettes : mais c'est là une conséquence nécessaire de la continuation de la société. Et comme le mineur ne sera débiteur que parce que la société elle-même sera débitrice, on peut considérer la part du mineur dans les dettes sociales, même postérieures à l'ouverture de la succession qui l'a rendu associé, comme une charge de cette même succession.

1072. Il est à remarquer d'ailleurs que le mineur devenu associé forcé, ne pouvant être considéré comme commerçant, s'il était tenu de quelques dettes, ce ne serait que civilement (1).

1073. Si l'héritier mineur reste associé dans une société ordinaire ou en nom collectif, à plus forte raison reste-t-il associé lorsqu'il s'agit d'une société anonyme ou en commandite. Les considérations qu'on a invoquées dans le système que je viens de combattre, ne seraient même pas applicables dans cette dernière hypothèse.

1074. Par cela seul qu'un mineur peut être auteur d'un ouvrage de l'esprit, il se trouve en possession des droits que la législation assure aux auteurs (2), sans avoir besoin d'aucune capacité civile, aussitôt qu'il a composé un ouvrage de cette nature. Mais, comme le fait très-bien observer M. Renouard (3),

(1) Pardessus, n. 61.
(2) V. *inf.*, le liv. IV.
(3) *Traité des droits d'auteur*, t. II, p. 206, n. 91.

pour recueillir les profits de ces droits, et en traiter avec les tiers, lê mineur a besoin de l'assistance de son tuteur (1).

1075. On doit décider de même pour le cas où le mineur aurait fait une découverte ou une invention dans les arts et dans l'industrie : il pourrait incontestablement obtenir un brevet d'invention. Mais alors le concours ou l'assistance de son tuteur lui seraient nécessaires non-seulement pour l'exploitation et la cession du brevet, mais aussi pour son obtention, qui ne peut avoir lieu sans la soumission préalable de l'impétrant à l'acquit de différentes taxes : soumission que le mineur ne pourrait consentir seul.

1076. Un mineur peut-il être partie à un contrat d'assurances ?

Le mineur autorisé à faire le commerce des assurances peut être assureur, soit en matière maritime, soit en matière terrestre ; cela est sans difficulté (2).

Émérigon (3) accordait même cette faculté au mineur non commerçant. Mais cette solution, qui pouvait se concevoir sous l'empire d'une législation qui n'exigeait aucune autorisation pour habiliter le mineur à faire le commerce, ne saurait être admise aujourd'hui que l'autorisation de faire le commerce est exigée par les articles 2 et 3 du Code de commerce, aussi bien pour un acte isolé que pour un ensemble d'actes de même nature.

Il n'est pas douteux non plus que les mineurs autorisés à faire le commerce, étant capables de contracter pour les faits relatifs à leur commerce, peuvent être parties dans un contrat ayant pour but l'assurance des objets de leur commerce (4).

Quant aux mineurs non commerçants il faut distinguer entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés.

Le mineur non émancipé n'a pas la capacité suffisante pour se faire assurer, soit qu'il s'agisse d'une assurance maritime,

(1) V. M. Nion, *Droits civils des auteurs*, p. 103. V. cependant M. Calmels, *De la propriété des œuvres de l'intelligence*, n. 319.

(2) Pothier, *Des assurances*, n. 91.

(3) *Des assurances*, ch. IV, sect. I.

(4) Pothier, *ibid.*

soit qu'il s'agisse d'une assurance terrestre, parce que, pour se faire assurer, il faut être capable de s'engager (1).

Mais le mineur émancipé qui a l'administration de ses biens, qui peut s'obliger pour des dépenses utiles (2), peut évidemment faire assurer ses biens meubles ou immeubles, puisque l'assurance est une mesure éminemment conservatoire. Il est vrai que l'assuré fait, en certains cas, le délaissement aux assureurs des débris de la chose assurée, ce qui peut être considéré comme un acte d'aliénation ; mais, en supposant que ce délaissement ne soit pas toujours facultatif de la part de l'assuré, il faut reconnaître que, même dans le cas d'assurances terrestres, il ne s'applique jamais qu'à des objets mobiliers, puisque les assureurs auxquels est fait le délaissement n'ont droit qu'aux débris des constructions et non au sol ; et que dès lors le délaissement n'excède pas la capacité du mineur émancipé, auquel la loi, en défendant d'aliéner ses immeubles, a implicitement permis d'aliéner ses meubles, sauf la réduction, en cas d'excès, des obligations qu'il aurait contractées (3).

Il faut même remarquer en ce qui touche l'assurance à laquelle aurait pris part, soit comme assureur, soit comme assuré, le mineur non émancipé, que la nullité n'en pourrait jamais être demandée par ceux avec lesquels il aurait contracté. Le mineur seul serait admis à se prévaloir de son incapacité (4) ; de telle sorte que, s'il ne se plaignait pas, le contrat devrait être exécuté.

Il y a plus, le contrat, même à l'égard du mineur, ne serait pas absolument nul, mais seulement rescindable pour lésion. La restitution du mineur lésé (5) est en effet la seule conséquence de l'incapacité du mineur dans tous les cas où il s'agit d'actes pour lesquels la loi n'a pas tracé des formes spéciales à raison de la minorité des parties.

(1) M. Quesnault, *Des assurances terrestres*, n. 129; MM. Grün et Joliat, *Assurances terrestres*, n. 29 ; M. Persil, *Assurances terrestres*, n. 114.

(2) C. civ., art. 481 et 484.

(3) *Ibid.*, art. 484.

(4) *Ibid.*, 1125.

(5) *Ibid.*, 1305. Voy. *sup.*, n. 1031.

MM. Grün et Joliat, dans leur *Traité des assurances terrestres*, tout en reconnaissant que le mineur non émancipé est incapable d'être partie à un contrat d'assurances (1), décident cependant que le mineur, qui n'est restituable qu'autant qu'il a été lésé, n'a pas, en cette matière, d'action en restitution, sous prétexte que le contrat d'assurance, à raison de sa nature aléatoire, n'est pas susceptible de résolution pour cause de lésion (2). Mais je ne crois pas qu'on doive admettre cette conséquence ; car, en supposant qu'il fût vrai de dire que le contrat d'assurances n'est pas rescindable pour cause de lésion entre majeurs, cette solution ne pourrait être étendue aux mineurs, par cette raison bien simple que, si on peut supposer que le majeur a voulu courir les chances d'un contrat où la prime était hors de proportion avec les risques, il en est autrement du mineur qui n'a jamais capacité pour contracter un engagement qui lui est préjudiciable (3).

1077. Le mineur autorisé à faire le commerce peut donner et recevoir un mandat relatif à son commerce : cela est sans difficulté.

Mais le mineur non commerçant, s'il n'est pas émancipé, ne peut donner un mandat, même à une personne capable de le recevoir, puisque le mandataire représente le mandant, et qu'il est évident dès lors que celui-ci, pour pouvoir donner un mandat, doit être capable de faire par lui-même l'opération dont il confie le soin à un autre (4).

Le mineur émancipé, au contraire, peut, par application du même principe, donner un mandat pour tout ce qu'il est capable de faire par lui-même.

1078. Quant à la capacité de recevoir un mandat, elle est beaucoup plus étendue pour le mineur que celle de le donner. C'est le mandant qui agit par le ministère du mandataire : peu importe donc la capacité du mandataire, si le mandant est capable, puisque c'est lui et non le mandataire qui est obligé

(1) N. 29.
(2) N. 59.
(3) E. Persil, *Des assurances*, n. 114.
(4) Duranton, t. XVIII, n. 213.

envers les tiers par les actes qui sont la suite et l'exécution du mandat. L'article 1990 du Code civil, en disposant que le mineur peut être choisi pour mandataire, ne parle, il est vrai, que du mineur émancipé; mais cette énonciation ne me semble pas devoir être entendue dans un sens restrictif, puisqu'il ne faut avoir égard ici qu'à la capacité du mandant qui est communiquée au mandataire, et non à l'incapacité personnelle du mandataire qui ne réagit pas sur le mandant (1).

Il faut bien remarquer, au surplus, que si le mandataire est capable de la même manière que le mandant, quand il traite avec les tiers au nom de celui-ci, il conserve la capacité ou l'incapacité qui lui est propre dans tous ses rapports avec le mandant, de telle sorte que celui-ci n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs (2). Si donc, par exemple, le mandataire mineur a détourné à son profit les sommes qu'il a touchées, le mandant n'a d'action contre lui pour la restitution que si la somme détournée a profité au mineur (3), ou bien encore jusqu'à concurrence des sommes dont le mineur émancipé pouvait disposer, eu égard à sa fortune (4).

1079. Le mineur non émancipé n'ayant pas la libre disposition de ses droits, ne peut compromettre (5). Quant au mineur émancipé, il peut compromettre relativement à ceux de ses droits dont il a la libre disposition (6) ; et s'il est autorisé à faire le commerce, il peut compromettre sur toutes les choses relatives à ce commerce. Le tuteur, même autorisé par le conseil de famille, ne pourrait compromettre pour le mineur non émancipé (7) ; il ne pourrait que transiger dans les formes prescrites par l'article 467 du Code civil.

(1) Duranton, t. XVIII, n. 212.
(2) C. civ., 1990. V. Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. V, § 751, notes 5 et 6.
(3) C. civ., 1312.
(4) *Ibid.*, 484.
(5) *Ibid.*, 1003.
(6) *Ibid.*, 481.
(7) Carré, n. 2351 ; Mongalvy, *De l'arbitrage*, n. 269.

1080. Le mineur incapable de disposer de ses biens, l'est également quand il s'agit de disposer de sa personne ; il ne peut donc régulièrement louer ses services sans l'assistance et le consentement de ses père et mère, ou, à leur défaut, de son tuteur, soit qu'il s'agisse de former un contrat d'apprentissage, soit qu'il s'agisse d'un service ordinaire. Toutefois, un louage de cette nature, contracté par un mineur, ne pourrait être annulé que sur sa demande, et il ne pourrait être annulé pour le passé que dans le cas où le mineur éprouverait quelque lésion des suites de ses engagements (1), soit quant au prix stipulé, soit quant à la nature des services promis, soit quant à leur durée.

1081. Par la même raison, les marins employés dans la marine marchande étant obligés de s'engager envers l'armateur ou le capitaine à fournir des services d'une certaine nature, il en résulte qu'un mineur ne peut naviguer sans le consentement de ses père et mère ou de son tuteur. Cela est sans difficulté pour le mineur qui n'est pas porté sur les registres de l'inscription maritime : ce mineur ne peut s'embarquer sur un bâtiment marchand en qualité de marin, ou d'apprenti marin sans y être autorisé par ses parents.

Quant au marin mineur qui est porté sur les registres de l'inscription maritime, et qui a eu besoin de cette autorisation pour pouvoir être inscrit, il est hors de doute qu'il peut être requis pour le service des bâtiments de l'État sans autorisation nouvelle, puisque l'inscription maritime a précisément pour objet de soumettre les marins à cette réquisition. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'il puisse, sans autorisation nouvelle, s'embarquer pour le service de la marine marchande : ce service volontaire est distinct du service forcé sur les vaisseaux de l'État, et constitue dès lors un contrat pour lequel le mineur a besoin d'être autorisé aussi souvent qu'il se renouvelle. L'article 32 de la loi du 21 mars 1832, abrogatif de l'article 374 du Code civil, en défendant au mineur qui n'a pas vingt ans, de s'engager dans l'armée de terre ou de

(1) C. civ., art. 1125 et 1305.

mer sans l'autorisation de son père et de sa mère, et, à leur défaut, de son tuteur autorisé par le conseil de famille, laisse bien cette faculté au mineur qui a accompli sa vingtième année; mais cette faculté doit être restreinte à son objet, qui est l'enrôlement direct pour le service public, et non l'engagement pour un service particulier, alors même que ce service particulier, en conduisant à l'inscription maritime qui n'aurait pas encore eu lieu, rendrait le mineur apte à un service public (1).

1082. Il y a d'ailleurs certains grades dans la marine marchande, dont les mineurs sont formellement exclus. Ainsi, pour être pilote, capitaine au long cours, au grand ou au petit cabotage, il faut avoir vingt-quatre ans accomplis (2). C'est là une condition d'âge et d'aptitude, dont on ne peut être relevé par aucune autorisation particulière.

SECTION III. — DE QUELQUES EFFETS PRODUITS RELATIVEMENT AUX MINEURS PAR DES ACTES COMMERCIAUX FAITS PAR DES TIERS.

SOMMAIRE. — 1083. Objet de la section III. — 1084. Du partage des sociétés lorsqu'il y a des mineurs. — 1085. Le compromis passé entre majeurs est-il obligatoire pour leurs héritiers mineurs? — 1086. Quelles prescriptions courent contre les mineurs? De la prescription de cinq ans établie contre les créanciers d'une société. — 1087. Le créancier mineur d'un failli peut-il concourir au concordat? — 1088. Oui, s'il est créancier chirographaire. — 1089. Non, s'il est créancier privilégié, hypothécaire ou gagiste. — 1090. De l'hypothèque légale du mineur en cas de faillite du tuteur.

1083. Dans les deux sections qui précèdent, nous nous sommes occupé des actes faits par les mineurs ; ici nous allons examiner, soit l'influence que peuvent avoir sur leur position certains faits ou actes commerciaux, à l'accomplissement desquels ils sont restés étrangers, mais qui cependant les intéressent à un degré plus ou moins élevé ; soit les mo-

(1) M. Beaussant, *Code marit.*, t. 1, p. 35. V. les décrets des 4 et 23 mars 1852.

(2) Déc. 3 brum. an IV, art. 9 et 10 ; arrêté du 11 therm. an X ; ordonnance du 7 août 1825. — Il en était autrement jadis, suivant plusieurs législations italiennes. *Magister navis potest esse minoris ætatis*, dit Roccus, *De navibus*, note 3, n. 5.

difications que leur position imprime à ces faits ou à ces actes. Et, bien que nous devions nous occuper plus tard des héritiers des commerçants, majeurs ou mineurs, nous dirons ici quelques mots sur plusieurs questions relatives aux héritiers mineurs, questions dont il paraît naturel de rapprocher la solution des explications qui précèdent.

1084. Nous avons déjà vu (1) que, lorsqu'une société doit continuer avec les héritiers d'un associé décédé, l'état de minorité de ces héritiers n'est pas un obstacle à la continuation de la société. Pour compléter ce qui regarde les héritiers mineurs des associés, nous ajouterons que, dans le cas où il y a des mineurs au moment où il s'agit de procéder au partage de la société, ce partage doit se faire judiciairement dans les formes prévues par le Code civil et par le Code de procédure (2), sous les modifications résultant de la nature du contrat de société, des droits et des obligations qu'il produit (3). Aussi a-t-il été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de Rouen, le 16 juin 1806 (4), que, bien que des associés soient convenus, qu'en cas de dissolution de la société, les immeubles seraient licités seulement entre eux, néanmoins, s'il y a des mineurs, la licitation doit nécessairement se faire en y appelant les étrangers, et suivant les dispositions des articles 460, 1686 et 1687 du Code civil.

1085. Nous avons également vu (5) que les mineurs ne peuvent compromettre pour soumettre à des arbitres les contestations dans lesquelles ils sont intéressés.

Mais on peut se demander si le compromis passé entre majeurs est obligatoire pour les héritiers mineurs des contractants. Qu'il soit obligatoire pour les héritiers majeurs, c'est ce qui ne peut faire l'objet d'aucun doute, et c'est ce qui résulte d'ailleurs de l'article 1013 du Code de procédure, aux termes duquel « le décès, lorsque tous les héritiers sont ma-

(1) *Sup.*, n. 1068 et suiv.

(2) C. civ., 1872.

(3) V. M. Troplong, *Des sociétés*, n. 999 et suiv., et M. Bédarride, *Des sociétés*, t. II, n. 500 et suiv.

(4) S., 2, 2, 156.

(5) *Sup.*, n. 1019.

jeurs, ne met pas fin au compromis ». Mais il résulte aussi de cet article, par un argument *à contrario*, que, lorsqu'il y a des mineurs parmi les héritiers, le décès met fin au compromis; solution conforme d'ailleurs au système général du Code de procédure, qui défend de compromettre sur les contestations qui sont sujettes à communication au ministère public, au nombre desquelles se trouvent celles qui intéressent les mineurs (1). Vainement dirait-on que l'on est censé stipuler tant pour soi que pour ses ayant-cause. Cette règle de l'article 1122 du Code civil cesse d'être applicable, aux termes de ce même article, quand le contraire résulte de la nature de la convention. Si donc, en thèse générale, les obligations légalement contractées passent de la personne du défunt sur la tête de ses héritiers, cette transmission ne peut avoir lieu lorsqu'elle contrarie des règles d'ordre public, et lorsqu'elle viole les garanties spécialement accordées à une classe de personnes, ce qui a lieu lorsque l'obligation est de telle nature qu'elle ne peut jamais être imposée à un héritier mineur (2). De là, il faut conclure qu'un compromis légalement passé entre majeurs prend fin par le décès de l'un des compromettants lorsqu'il se trouve des mineurs parmi ses héritiers. C'est ce qui a été jugé, au rapport de M. Troplong, par la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, le 28 janvier 1839 (3), dans une affaire où il s'agissait, il est vrai, d'une clause compromissoire et non d'un compromis proprement dit; mais les raisons de décider sont les mêmes dans l'un et dans l'autre cas.

1086. En règle générale, la prescription ne court pas contre les mineurs (4), sauf le cas où il s'agit de certaines prescriptions courtes établies par les articles 2271 et suivants du Code civil, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi (5).

Doit-on placer parmi ces cas exceptionnels la prescription

(1) C. proc., art. 83 et 1004.
(2) V. le rapport de M. Troplong dans l'affaire citée ci-après.
(3) S., 39, 1, 113.
(4) V. *sup.*, n. 1052, C. civ., art. 2252.
(5) C. civ., art. 2278.

de cinq ans à partir de la dissolution de la société, établie par l'article 64 du Code de commerce, contre les créanciers de la société, lorsque parmi ces créanciers il se trouve des mineurs ?

M. Locré (1) se prononce pour la négative, sans justifier son opinion autrement qu'en citant M. Réal et le prince archichancelier qui, dans la discusion au conseil d'État sur l'article 64 du Code de commerce, soulevèrent la difficulté, sans qu'il apparaisse qu'elle ait alors reçu aucune solution. Il résulte en effet, des procès-verbaux (2), que M. Réal demanda si la prescription de cinq ans courrait contre les mineurs ; et que l'archichancelier répondit « que, de droit commun, la prescription était suspendue pendant la minorité, *contra non valentem agere non currit præscriptio;* mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe. » Néanmoins, malgré le vœu émis par M. Cambacérès, l'article 64 ne reçut aucune modification en ce sens et fut admis avec sa rédaction primitive. Que faut-il conclure de là, sinon que la généralité des termes de l'article 64, qui établit une prescription courte, fort analogue à celles des articles 2271 et suivants du Code civil, comprend les mineurs comme les majeurs, ce que reconnaissait M. Cambacérès lui-même, puisqu'il voulait faire exprimer l'exception ? De telle sorte que cette prescription devient un des cas d'exception prévus par l'article 2252 du Code civil dans lesquels la prescription court contre les mineurs (3).

J'aurai, au surplus, l'occasion de revenir bientôt sur ce point en traitant des héritiers des commerçants, et en exposant les principes qui régissent à leur égard les prescriptions commerciales (4).

1087. Il peut arriver qu'un mineur soit créancier d'une faillite. Les créanciers d'une faillite sont souvent obligés de

(1) Sur l'art. 64 C. com.

(2) T. I, p. 332, n. 42.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Sociétés*, suppl., t. XVII, p. 589; M. Pardessus, n. 1090; M. Delangle, t. II, n. 727 ; M. Bédarride, *Des sociétés*, t. II, n. 699.

(4) Voy. *inf.*, tit. IV, ch. II.

sacrifier une partie de leurs droits pour sauver le reste, et de faire avec le failli un concordat par lequel, moyennant la remise d'une partie de leurs créances, ils obtiennent l'espérance d'être plus ou moins prochainement payés du surplus. De là la question de savoir si un mineur, ou plutôt si le tuteur d'un mineur peut, sans autorisation du conseil de famille, prendre part à un concordat et faire ainsi une espèce de transaction sur les droits du mineur.

Il faut distinguer entre le cas où le mineur est créancier purement chirographaire, et le cas où le mineur est créancier hypothécaire.

1088. Si le mineur est créancier chirographaire, le tuteur peut prendre part au concordat sans avoir besoin d'aucune autorisation particulière. Sans doute le concordat est une sorte de transaction, et, en règle générale, le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le ministère public; et il faut de plus que la transaction soit homologuée par le tribunal de première instance (1). Mais le concordat se trouve dans des conditions toutes spéciales qui, non-seulement rendent inutile l'emploi de ces formalités, mais encore qui l'excluent.

Lorsque le Code civil entoure la transaction faite par le tuteur au nom du mineur de formalités propres à garantir les intérêts de ce dernier, c'est qu'il n'a pas d'autre moyen d'arriver à une espèce de certitude que la transaction ne lèse pas les intérêts légitimes du mineur, qui ne peuvent être vérifiés qu'au moyen d'un examen spécial de l'affaire dans laquelle il est partie.

Dans un concordat, au contraire, le mineur a des intérêts communs avec ceux des autres créanciers, soit pour accepter, soit pour refuser le concordat. Le soin que les créanciers majeurs sont présumés apporter à leurs affaires est une garantie que celles du mineur seront bien faites. A quoi bon une autorisation du conseil de famille et un examen préalable qui viendraient faire double emploi avec la surveillance

(1) C. civ., art. 467.

que ne manque pas d'exercer l'intérêt privé des majeurs avec lesquels le mineur fait cause commune ? On peut en dire autant de l'homologation du tribunal civil, exigée pour les transactions ordinaires, qui est efficacement remplacée, pour le concordat, par l'homologation du tribunal de commerce (1). Les formalités prescrites par le Code civil sont donc ici complétement inutiles.

Mais il y a plus : l'emploi de ces formalités ne saurait concourir avec celles qui conduisent au concordat, dont les conséquences pourraient se trouver en opposition avec le résultat des premières. Si l'on admet en effet la nécessité de l'autorisation prescrite par l'article 467 du Code civil, le tuteur auquel cette autorisation aura été refusée ne pourra pas prendre part au concordat. Cependant, le concordat sera voté par les autres créanciers, homologué par le tribunal de commerce et obligatoire pour tous les créanciers, aux termes de l'article 516 du Code de commerce. Décidera-t-on, dans cette occurrence, que le concordat ne sera pas obligatoire pour le mineur qui n'y a pas pris part ? Mais cette décision serait contraire à la généralité des termes de l'article 516, et à toute l'économie du Code de commerce sur le concordat, qui est de faire passer tous les créanciers chirographaires sous un niveau commun : économie qui, dans ce système, serait nécessairement toujours rompue, puisque le mineur n'aurait qu'à se tenir à l'écart pour faire sa position meilleure et rendre plus mauvaise celle des autres créanciers. Décidera-t-on, au contraire, que le concordat sera obligatoire pour le mineur, quoiqu'il n'y ait pas pris part ? Mais alors à quoi bon lui interdire de prendre part à un acte qui le liera, quoi qu'il fasse, et auquel, quoique absent, il sera présumé avoir été partie ?

Il est bien vrai que le concours du mineur au concordat peut donner l'appoint nécessaire pour compléter la majorité en nombre et en somme nécessaire à la formation du traité ; et que, dans ce cas, on peut dire que sans le concours du mineur il n'y aurait pas eu de concordat, et conséquemment qu'il n'aurait pas été lié par un concordat qui n'aurait

(1) C. com., 513.

pas existé. Mais il est également vrai que le concours du mineur peut n'exercer aucune influence sur le concordat, qui serait également formé en sa présence comme en son absence. Tout dépend à cet égard du nombre des créanciers et du montant respectif de leurs créances. Or, je le demande, est-il possible de faire dépendre les droits du mineur de l'importance relative de sa créance et du nombre des créanciers? Est-il possible de décider que ce que son tuteur pourra faire dans un cas, une différence dans le chiffre relatif de sa créance lui interdira de le faire dans un autre ? Un pareil résultat ne saurait être admis. Les droits et les obligations du tuteur représentant le mineur reposent sur des principes certains et absolus, et non sur des circonstances variables. Il peut toujours ce qu'il peut une fois : et il doit pouvoir prendre part à un acte par lequel il serait lié comme s'il y avait été partie alors même qu'il n'y aurait pas concouru (1).

Voilà pour le cas où le mineur est créancier chirographaire.

1089. Mais s'il est créancier hypothécaire, privilégié ou gagiste, il en est autrement.

Le concordat n'a lieu régulièrement qu'entre les créanciers chirographaires. Les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes, qui trouvent dans leur hypothèque, dans leur privilége ou dans leur gage, une garantie d'un payement intégral avant tous les chirographaires, n'ont pas ordinairement intérêt à descendre de leur position privilégiée pour aller se mêler parmi ceux qui ne peuvent invoquer en leur faveur aucune cause de privilége. Aussi les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes n'ont-ils pas, en cette qualité, voix délibérative au concordat. Il faut, pour pouvoir voter, qu'ils renoncent à leur privilége ou à leur hypothèque ; et le vote au concordat emporte de plein droit cette renonciation (2).

Dans cet état de choses, on comprend que le mineur auquel le concordat ne pourrait pas être opposé s'il s'était tenu à l'écart, n'ait aucun prétexte pour venir y prendre part, et pour faire, par son concours à ce traité, un acte qui implique

(1) Pardessus, n. 1237 ; M. Laisné, *Des faillites*, p. 219.
(2) C. com., 508.

renonciation à des causes de préférence et à des droits immobiliers qu'il ne peut aliéner sans l'observation des formes prescrites (1). Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1843 (2).

1090. On sait que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur (3). Si le tuteur venait à faire faillite, cette circonstance n'empêcherait pas l'exercice de l'hypothèque légale du mineur. Les restrictions que le Code de commerce apporte aux droits des femmes sur les biens de leurs maris (4) n'ont pas lieu à l'égard des droits des mineurs sur les biens de leurs tuteurs (5).

CHAPITRE II

DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

SOMMAIRE. — 1091. Deux sortes d'interdiction : légale et judiciaire. Interdiction légale. Renvoi. — 1092. Interdiction judiciaire. Ses effets. — 1093. Sa durée. — 1094. L'interdit ne peut faire le commerce. — 1095. Un mineur peut être interdit. — 1096. De la certitude de la date des actes faits par les interdits. — 1097. *Quid*, quand il s'agit de lettres de change ou de billets à ordre ? — 1098. Applicabilité des règles relatives à la tutelle. — 1099. Du conseil judiciaire. — 1100. Capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. — 1101. Peut-il faire le commerce, souscrire des lettres de change ou des billets à ordre ?

1091. L'interdiction est la position de celui qui, pour une cause naturelle ou légale, a été déclaré par la loi ou par la justice, incapable d'exercer ses droits civils et placé dans une sorte de minorité sous le rapport de sa personne et de ses biens (6). L'interdiction est donc légale ou judiciaire. L'interdiction légale existe de plein droit par l'effet de la condamnation à certaines peines ; l'interdiction judiciaire est prononcée par les tribunaux. Nous nous occuperons bientôt

(1) C. civ., art. 457 et 467.
(2) S., 43, 1, 778, M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 24.
(3) C. civ., art. 2121. V. *sup.*, n. 1029.
(4) C. com., art. 557 et suiv. V. *inf.*, tit. IV, ch. 1.
(5) Grenoble, 7 juin 1834, S., 34, 2, 438.
(6) C. civ, art. 509.

de l'interdiction légale (1) ; ici il n'est question que de l'interdiction judiciaire.

1092. L'interdiction judiciaire doit être prononcée contre le majeur dont un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, lors même que cet état présente des intervalles lucides, affaiblit ou trouble les facultés intellectuelles au point de le mettre dans l'impossibilité de soigner par lui-même ses affaires, ou de le rendre dangereux pour les autres. Cette interdiction, poursuivie par les personnes auxquelles la loi donne le pouvoir de la provoquer (2), et prononcée par les tribunaux civils, place l'interdit sous la garde d'un tuteur dont les pouvoirs, les droits et les devoirs sont les mêmes que ceux du tuteur d'un mineur. Dans cet état, tous les actes passés par l'interdit, depuis le jugement d'interdiction, sont nuls de droit (3) ; quant aux actes antérieurs à l'interdiction, ils peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits (4).

Cette nullité est absolue, en ce sens que, pour qu'elle soit prononcée par les tribunaux, il suffira que l'acte soit postérieur à l'interdiction ou aux causes de l'interdiction, sans qu'il soit nécessaire de prouver, comme au cas de minorité, que l'interdit a été lésé. Mais elle est relative, en ce sens que la nullité ne peut jamais être prononcée que sur la demande de l'interdit ou de ses représentants (5).

1093. L'interdiction ayant une cause naturelle qui maintient l'interdiction, tant qu'elle subsiste, il en résulte que l'incapacité de l'interdit est beaucoup plus absolue que celle du mineur, et que, tandis que le mineur peut être habilité pour certains actes, l'interdit reste toujours pleinement incapable tant que les causes de l'interdiction n'ont pas cessé, et que les tribunaux n'ont pas prononcé la main-levée de l'interdiction (6).

(1) V. le chap. suiv.
(2) C. civ., art. 490, 491.
(3) *Ibid.*, art. 502.
(4) *Ibid.*, art. 503.
(5) *Ibid.*, art. 1125.
(6) *Ibid.*, art. 512.

1094. L'interdit ne peut donc être autorisé à faire le commerce (1).

1095. Et de là il faut conclure que, l'interdit étant plus incapable que le mineur, le mineur lui-même peut être interdit s'il se trouve dans un cas d'interdiction (2).

1096. Nous avons vu tout à l'heure que les actes faits par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls. Il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'application de cette règle relativement aux actes authentiques, ou relativement aux actes sous seing privé qui ont une date certaine (3). Ils sont nuls ou valables, suivant l'époque que leur assigne la certitude de leur date. Il ne peut non plus y avoir de difficulté relativement aux actes sous seing privé qui portent une date postérieure à l'interdiction, puisque cette date ne pourrait être méconnue par les parties avec lesquelles l'interdit a traité.

Mais c'est une question que de savoir quel effet doivent produire, à l'égard de l'interdit, les actes sous seing privé qui n'ont pas de date certaine antérieure à l'interdiction.

En général, je crois que le défaut de certitude de la date est une circonstance dont l'interdit ou ses représentants peuvent se prévaloir pour prétendre qu'il y a eu antidate, et faire annuler l'acte comme étant en réalité postérieur à l'interdiction. Cependant, le défaut de certitude de la date n'équivaut pas à la certitude de sa fausseté. Si donc l'interdit peut se prévaloir de l'incertitude de la date pour être admis à en établir la fausseté, la partie avec qui il a contracté est, de son côté, recevable à en prouver la sincérité ; et c'est dès lors aux tribunaux qu'il appartient de déterminer, d'après les circonstances, les allégations et les preuves respectivement débattues, l'époque à laquelle l'acte a été fait (4).

(1) *Mercaturam exercere non possunt furiosi.* Straccha, p. 369, n. 18; Scaccia, § 1, *quæst.* 7, *part.* 3, *limit.* 17, n. 3. — Straccha fait, à cet égard, une énumération de toutes les infirmités de l'esprit qui excluent la capacité de faire le commerce : *dementes, prodigi, mente capti, fatui, lunatici, frenetici.*

(2) Toullier, t. II, n. 1314 ; Zachariæ, t. I, § 23; Marcadé, sur l'art. 489; M. Demolombe, t. VIII, n. 440 et suiv.

(3) C. civ., art. 1319, 1328.

(4) Cass., 8 mars 1836, S., 36, 1, 236; Duranton, t. III, n. 772.

1097. Mais en serait-il de même s'il s'agissait de lettres de change ou de billets à ordre portant une date antérieure à l'interdiction? L'interdit ou ses représentants seraient-ils recevables à arguer de l'incertitude de la date pour demander à prouver que l'acte est en réalité postérieur à l'interdiction?

Je pense qu'il faut distinguer à cet égard entre les tiers-porteurs de bonne foi et le bénéficiaire de l'effet, c'est-à-dire celui au profit de qui a été souscrit le billet à ordre ou tirée la lettre de change.

En ce qui touche ce dernier, qui a contracté directement avec l'interdit, je crois que l'interdit est recevable à articuler et à prouver l'antidate de l'effet comme s'il s'agissait d'une obligation ordinaire, parce que, s'il y a antidate, il y a une fraude à laquelle a personnellement concouru le bénéficiaire de l'effet, et dont il doit par conséquent supporter les conséquences.

Il en est au contraire tout différemment à l'égard des tiers-porteurs qui ont accepté l'effet de bonne foi, qui ignoraient l'interdiction du souscripteur, et qui ont été autorisés à croire vraie la date d'un effet en circulation, dont la transmission leur était faite en vertu d'un endossement régulier. Dans ce cas, l'exception prise de l'incertitude est personnelle au bénéficiaire du billet à ordre ou de la lettre de change, et ne peut dès lors être opposée aux tiers-porteurs de bonne foi, d'après ce principe fondamental en matière d'effets négociables et transmissibles par voie d'ordre, que le porteur actuel n'est passible d'aucune des exceptions que le débiteur eût pu opposer à un porteur antérieur, parce que le porteur actuel se trouve le créancier direct du débiteur, sans qu'on doive avoir égard à la position particulière du porteur antérieur, duquel il est fait entièrement abstraction (1).

1098. Du reste, dans le plus grand nombre des cas, et relativement aux actes ordinaires de la vie ou des affaires, l'interdit est assimilé au mineur. Presque toutes les règles ci-dessus exposées relativement aux mineurs, à leur incapacité

(1) Paris, 10 avril 1831, S., 31, 2, 288; Cass., 17 mai 1831, S., 35, 1, 85. - V. cependant Grenoble, 30 juin 1847, S., 48, 2, 450.

et aux fonctions de leurs tuteurs sont donc applicables aux interdits.

1099. A côté de l'interdiction se trouve une position analogue, quoique moins éloignée de la capacité ordinaire : c'est celle des individus auxquels les tribunaux ont nommé un conseil judiciaire.

La nomination d'un conseil judiciaire a lieu dans deux cas : le premier est celui où la faiblesse et le dérangement de l'esprit d'un individu ne sont pas tels que son interdiction doive être prononcée; le second est le cas de prodigalité : la prodigalité est l'état de celui qui dissipe habituellement son patrimoine en dépenses folles et inutiles (1).

1100. Celui auquel a été nommé un conseil judiciaire se trouve dans une position qui a beaucoup de rapports avec celle du mineur émancipé. Ainsi, comme le mineur émancipé, il peut faire tous les actes d'administration; mais il ne peut ni ester en justice, soit en demandant, soit en défendant, ni transiger, ni emprunter, ni recevoir un capital mobilier et en donner décharge, ni aliéner ses immeubles et les grever d'hypothèque sans l'assistance de son conseil judiciaire (2).

Tous les actes de cette nature faits par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de son conseil, sont nuls comme les actes faits par l'interdit, et d'une nullité également absolue (3), en ce sens qu'il peut en demander la nullité alors même qu'il n'en aurait éprouvé aucune lésion (4), et qu'il ne peut être tenu à restituer que les chose qui ont tourné à son profit (5).

Il y a plus, les engagements contractés par le prodigue ne peuvent être considérés comme rentrant dans la catégorie des actes d'administration dont il est capable, s'il s'agit par exemple de fournitures qui lui ont été faites, et par suite ne sont vala-

(1) C. civ., art. 499 et 513.
(2) C. civ., *ibid.*
(3) V. *sup.*, n. 1092 et suiv.
(4) M. Demolombe, t. VIII, n. 969. V. cependant Paris, 26 avril 1833, S., 33, 2, 286.
(5) Demolombe *ibid.*

bles comme actes d'administration que si ces engagements ont été pris dans la mesure de ses besoins : d'où la conséquence qu'ils ne sont pas valables indéfiniment et pour le tout, mais seulement dans la mesure de ce qui dans les fournitures faites peut être considéré comme ayant tourné à son profit (1).

1101. De ce qui précède il suit que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire le commerce, puisqu'on aurait de la peine à concevoir la possibilité d'une assistance aussi continue que l'exigerait la continuité des actes constitutifs d'un commerce sérieux et habituel (2). Mais les actes de commerce isolés qu'il ferait, avec l'assistance de son conseil judiciaire, seraient assurément valables, puisqu'il n'est incapable que lorsqu'il agit seul, et que l'assistance de son conseil l'habilite pour tous les actes que seul il ne pourrait faire. Toutefois son conseil devant l'autoriser spécialement pour chaque acte et ne pouvant l'autoriser d'une manière générale et indéfinie même pour tous les actes qui se rapporteraient à un certain ordre d'affaires, il en résulte que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut, même avec l'assistance de son conseil, contracter une société de commerce (3).

Quant aux lettres de change et aux billets à ordre souscrits par le prodigue sans l'autorisation de son conseil, ils sont toujours nuls comme obligations commerciales, et ne peuvent obliger le prodigue, alors même qu'ils se rapporteraient à des actes d'administration de ses biens ou de sa personne, que dans la mesure du profit qu'il en a tiré (4).

(1) Cass., 1er août 1860, S., 60, 1, 929.

(2) M. Demolombe, t. VIII, n. 761; Cass., 3 déc. 1650, S., 50, 1, 777; Paris, 22 déc. 1862, S., 63, 2, 30; Angers, 10 fév. 1865, S., 65, 2, 163. V. en sens contraire, M. Beslay, t. I, n. 275.

(3) Cass., 3 déc. 1850, S., 50, 1, 777. — V. cependant l'arrêt cassé, de Paris, 12 août 1848, S., 48, 2, 608.

(4) Orléans, 9 juin 1853, et Cass., 3 avril 1855, S., 55, 1, 611; et 1er août 1860, S., 60, 1, 929.

CHAPITRE III

DE LA MORT CIVILE ET DE L'INTERDICTION LÉGALE.

SOMMAIRE. — 1102. De la mort civile. Son abolition. — 1103. Remplacée par l'interdiction légale. Effets de l'interdiction légale.

1102. La mort civile était une fiction légale, en vertu de laquelle un individu vivant était réputé mort. Elle résultait de la condamnation à certaines peines qui l'entraînaient de plein droit et dont elle était la conséquence nécessaire. Ces peines étaient la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, et celle de la déportation (1). La mort civile ayant été abolie par la loi du 31 mai 1854, nous n'avons plus à nous occuper de ses effets.

1103. Elle a été remplacée par l'interdiction légale qui, déjà introduite comme conséquence de certaines condamnations, a été étendue aux peines qui avant la loi du 31 mai 1854 emportaient la mort civile (2).

Indépendamment donc de ceux qui sont condamnés à une peine ayant eu pour effet d'emporter la mort civile, les condamnés par contumace, c'est-à-dire qui ne se sont pas présentés pour se faire juger, sont privés de l'exercice de leurs droits civils pendant les cinq ans qui suivent leur condamnation, à moins qu'ils ne soient arrêtés ou qu'ils ne se représentent dans ce délai. Leurs biens sont administrés par un curateur (3). Du reste, les contumaces, bien que privés de l'exercice de leurs droits, n'en ont pas moins la jouissance, sous l'administration de leur curateur ; d'où il suit que la condamnation les frappe d'une sorte d'interdiction légale qui les place dans une position fort analogue, quant à leurs droits actifs ou passifs, à celle de l'interdit judiciaire. Cependant, comme cette interdiction légale est fondée sur des raisons d'ordre public et d'intérêt général, plutôt que sur l'intérêt

(1) C. civ., art. 23 et 24; C. pén., art. 18.
(2) C. pén., art. 28 et 29. Sauf toutefois pour la déportation.
(3) C. civ., art. 28.

femme mariée, elle n'a de volonté et de capacité légales que sous l'autorisation de son mari. La dépendance dans laquelle elle se trouve alors n'est pas, à proprement parler, la suite d'une faiblesse absolue, puisque la femme majeure non mariée jouit, à peu de différences près, d'une capacité civile égale à celle de l'homme : c'est la suite d'une infériorité relative qui, dans l'association conjugale, a naturellement fait attribuer le pouvoir et la suprématie à celui qui était présumé le plus fort.

1105. En principe général, la femme mariée ne peut donc, quoique majeure, contracter ni ester en jugement sans l'autorisation de son mari dans l'acte, ou, à son défaut, sans l'autorisation de la justice. Cette autorisation doit être spéciale; toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme (1). Les actes faits par la femme non autorisée sont donc nuls; mais leur nullité n'a lieu que dans l'intérêt de la femme ou de ses représentants; elle ne peut être opposée que par le mari, par la femme ou par leurs héritiers, jamais par les personnes capables de s'engager qui ont contracté avec la femme non autorisée (2). Il y a plus : lorsque les femmes mariées sont admises, en cette qualité, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui a été, en conséquence de ces engagements, payé pendant le mariage, ne peut être exigé d'elles, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit (3). Il en est, dans ce cas, des femmes comme des mineurs (4).

1106. Mais les règles de subordination auxquelles le droit commun soumet la femme mariée cessent relativement à la femme marchande publique; le commerce l'émancipe en quelque sorte, et la soustrait, partiellement et momentanément du moins, à la domination conjugale.

C'est, du reste, une question qui a été affirmativement réso-

(1) C. civ., art. 215 et suiv.
(2) *Ibid.*, 225, 1125.
(3) *Ibid.*, 1312.
(4) V. *sup.*, n. 1032.

lue par la pratique de tous les peuples civilisés, que celle de savoir si les femmes peuvent faire le commerce. Les lois romaines le leur permettaient (1), tout en les déshonorant par une honteuse assimilation avec les filles de joie (2); tandis que les législations modernes leur ont toujours largement ouvert une carrière pour laquelle leur aptitude naturelle est incontestable. A Gênes, où le commerce était autrefois l'occupation de tout le monde, *Genuensis, ergò mercator*, les femmes étaient capables, dès l'âge de seize ans, de s'obliger pour fait de marchandise.

1107. Dans notre droit actuel, la femme mariée ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari (3); mais, une fois ce consentement obtenu, elle peut s'obliger pour tous les actes relatifs à son commerce, sans qu'il soit besoin d'une autorisation renouvelée spécialement pour chacun de ces actes (4).

Cette autorisation générale et préalable est nécessaire, non-seulement à la femme mariée sous le régime de la communauté, qui, en s'obligeant commercialement, oblige, comme nous le verrons plus tard (5), son mari et la communauté, mais aussi à la femme séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, quoiqu'elle n'oblige ni l'un ni l'autre. La nécessité de l'autorisation subsiste dans ce dernier cas, d'abord, parce que la femme, quelles que soient les conventions matrimoniales relatives aux biens, demeure soumise envers son mari au devoir d'obéissance; ensuite, parce que les biens de la femme non commune, même ses biens paraphernaux, devant contribuer aux charges du ménage, le mari a intérêt et doit par suite avoir qualité pour empêcher que la femme ne dissipe sa fortune (6).

(1) V. Straccha, *De mercat.*, p. 369, n. 38.
(2) Blanqui, *Histoire de l'économie politique*, t. I, p. 94. — *Cum his quæ publicè mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.* Pauli Sentent., lib. II, tit, XXVI, § *De Adulteriis.*
(3) C. com., art. 4.
(4) C. civ., art. 220.
(5) V. *inf.*, n. 1130.
(6) Locré, sur l'art. 4 C. comm.

1108. Mais l'autorisation nécessaire à la femme pour qu'elle puisse devenir marchande publique, doit-elle être expresse, ou suffit-il d'une autorisation tacite?

Sous l'ancien droit, on se contentait d'une autorisation tacite, et il n'était pas nécessaire que les femmes fussent autorisées expressément par leur mari à faire le commerce; il suffisait qu'elles vendissent et trafiquassent à leur vu et su (1). « Enfants de familles et femmes mariées, dit Loysel dans ses *Institutes coutumières* (2), sont tenus pour autorisés de leurs pères et maris en ce qui est du fait de marchandises dont ils s'entremettent à leur su. » Telle était la disposition expresse des coutumes de Reims et du Vermandois; c'est ce qui résultait aussi de la coutume de Paris, dont les articles 234 et 235 se bornaient à poser en principe que la femme marchande publique pouvait s'obliger sans le consentement de son mari, et à déterminer quand la femme pouvait être considérée comme marchande publique, sans d'ailleurs prescrire aucune autorisation spéciale (3). Enfin, l'article 13 de la coutume de Troyes, encore plus explicite, permettait à la femme de s'obliger, pour le fait de marchandises, sans l'autorisation de son mari, « sinon que sondit mari lui eût publiquement interdit ladite marchandise. »

Le nouveau droit n'apporta d'abord aucune modification à cet état de choses et l'article 220 du Code civil se borna à reproduire les articles 234 et 235 de la coutume de Paris, qui constatait à cet égard le droit commun de la France. Mais lors de la discussion au Conseil d'État de l'article 4 du Code de commerce, qui posait en principe que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement ou l'autorisation de son mari, on se demanda si cette autorisation devait être expresse, ou si elle pouvait être tacite. Sur ce point, les opinions se divisèrent: on reconnaissait de part et d'autre

(1) Dumoulin sur Bourbonnais, art. 168; sur Bourgogne, art. 24; Toubeau, p. 343; Chassanné sur Bourgogne, tit. IV, § 1; Boyer, *In Consuet. Bitur*, tit. 1, § 4.

(2) Liv. I, tit. 1, *Des personnes*, art 38.

(3) Ferrière, sur ces articles.

que jusqu'alors l'autorisation tacite avait été suffisante; mais on n'était pas d'accord quand il s'agissait de savoir s'il convenait d'innover ou de laisser les choses dans leur ancien état.

Les partisans du consentement exprès et formel soutenaient que c'était là le seul moyen d'empêcher la femme de faire le commerce sans l'autorisation de son mari, puisque, s'il suffisait que la femme fît le commerce pour qu'elle fût réputée autorisée, il faudrait nécessairement trouver un moyen de combattre cette présomption et d'instruire les tiers du refus du mari; et M. Regnault de Saint-Jean d'Angely disait, non sans raison, qu'il n'y a pas d'inconvénient à avertir le public, et qu'il y a certainement de l'avantage à l'empêcher d'être trompé.

On répondait, à l'appui du système contraire, que le mari qui, sachant que sa femme fait le commerce, ne l'empêche pas, consent évidemment à ce qu'elle le fasse; que jamais, dans l'ancien droit, il ne s'était élevé de difficulté sur l'existence ou la non-existence de l'autorisation tacite, et que la loi garantissait plus sûrement l'intérêt des tiers en faisant dépendre les engagements de la femme d'un fait public et notoire, que si elle en subordonnait la validité à des formes que les tiers ne peuvent pas toujours vérifier (1).

C'est à la suite de cette discussion que fut adopté l'article 4 du Code de commerce qui, en posant en principe la nécessité du consentement, ne s'applique pas sur le point de savoir si ce consentement doit être exprès ou s'il peut être tacite. Mais il est permis de croire, en présence des débats qui ont précédé son adoption, et qui portaient sur la proposition d'exiger formellement un consentement exprès, que, cette proposition n'ayant pas été admise, l'autorisation tacite suffit aujourd'hui comme elle suffisait autrefois pour que la femme mariée puisse devenir marchande publique (2).

1109. Il résulte de cette même discussion que l'appréciation des faits qui établissent le consentement du mari est aban

(1) Locré, sur l'art. 4 C. comm.

(2) Pardessus, n. 63; E. Vincens, t. I, p. 228; M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 588; M. Bédarride, n. 107; M. Alauzet, t. I, n. 38; Bravard, t. II, p. 9

donnée à la discrétion et à la prudence des juges, lesquels doivent prononcer d'après les circonstances de temps, de lieu, et la qualité des parties (1).

1110. Il faut même remarquer que, lorsqu'une femme mariée se livre publiquement au commerce, sous les yeux de son mari, la présomption d'autorisation milite en faveur des tiers, et que c'est à la femme ou au mari, qui arguent du défaut d'autorisation, à en faire la preuve.

1111. On ne peut au surplus s'empêcher de reconnaître que c'est là une anomalie qu'il était facile d'éviter. Les principes généraux du droit veulent que l'autorisation du mari, lorsqu'elle est nécessaire, résulte de son consentement écrit ou de son concours dans l'acte qu'il autorise, et il n'y avait aucun motif sérieux pour s'écarter de cette règle quand il s'agit d'autoriser la femme à faire le commerce. J'avoue même avoir peine à comprendre comment les mêmes législateurs qui avaient exigé avec raison une autorisation expresse pour le mineur qui veut faire le commerce, et qui avaient trouvé alors facile et utile l'introduction de cette règle nouvelle, ont subitement changé d'avis quand il s'est agi de l'appliquer à la femme mariée (2).

1112. De ce que c'est la notoriété du commerce de la femme qui fait présumer l'autorisation, il faut en conclure que la femme ne peut être réputée commerçante qu'autant qu'elle se livre à une suite d'actes qui impliquent l'habitude et la profession. La femme qui ne ferait que des actes isolés, ne pourrait être considérée comme marchande publique, et aurait dès lors besoin pour chacun de ces actes de l'autorisation expresse de son mari (3).

Du reste, la femme peut être marchande publique, sans faire un commerce déterminé ; il suffit pour cela qu'elle se

(1) V. Cass., 14 nov. 1820, S., 6, 1, 326 ; D., 10, 1, 153 ; 1er mars 1826, S., 8, 1. 288 ; D., 26, 1, 171 ; 27 mars 1832, S., 32, 1, 365 ; D., 32, 1, 168 ; ... avril 1841, S., 41. 1. 385 ; Paris, 23 août 1851, S., 51. 2. 517.
(2) *sup.*, n. 1035 et suiv.
(3) Toubeau, p. 313 ; Bravard, t. I, p. 91.

livre à des opérations de différents genres, mais ayant un caractère commercial (1).

La femme, au surplus, n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari : elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé (2). C'est là une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux (3).

1113. On voit, par ce qui précède, que l'autorisation de faire le commerce est d'une espèce toute particulière : tandis que l'autorisation ordinaire est nécessaire à la femme pour la validité des actes de la vie civile, l'autorisation de faire le commerce est un consentement anticipé donné par le mari pour tous les actes du commerce de la femme. La première est toujours spéciale (4); la généralité est au contraire le caractère distinctif de la seconde.

Il suit de là que, si le mari refusait de consentir à ce que sa femme fît le commerce, elle ne pourrait y être autorisée par la justice (5). Les articles 218 et 219 du Code civil ne permettent aux tribunaux d'autoriser la femme, en cas de refus du mari que lorsqu'il s'agit d'une autorisation spéciale, et non lorsqu'il s'agit d'une autorisation générale. Si donc la femme non marchande publique avait besoin de faire un acte isolé de commerce, auquel son mari refuserait son consentement spécial, la femme pourrait avoir recours à la justice (6); mais ce recours lui serait fermé si l'autorisation par elle requise devait embrasser une suite d'actes de nature à lui attribuer la qualité de marchande publique.

Il importerait même peu que la femme à laquelle son mari

(1) Cass., 27 avril 1841, S., 41, 1, 385.

(2) C. Civ., 220; C. com., 5.

(3) Cass., 27 mars 1832, S., 32, 1, 365; D., 32, 1, 168, et 5 mai 1857, S. 59, 1, 480; 11 janv. 1869, D., 69, 1, 208.

(4) C. Civ., 223. Lors même qu'elle se rattacherait au commerce du mari Metz, 21 janv. 1850, S., 50, 2, 399.

(5) Pardessus, n. 63; M. Cubain, n. 588; M. Alauzet, t. I, n. 36 M. Bédarride, n. 113. 4, n. 248; MM. Aubry et Rau, t. IV, § 472; Bravard t. I, p. 93; Beslay, t. I, n. 801 et suiv, Pont, contr. de Mar., t. II, n. 80 Voy. en sens contraire, Paris, 24 oct. 1844, S., 44, 2, 581.

(6) M. Cubain, n. 591; Pardessus, *ibid.*

refuserait l'autorisation de faire le commerce fût séparée de corps ou séparée de biens. La séparation de corps, pas plus que la séparation de biens, ne change, au point de vue de l'autorisation qui est nécessaire à la femme pour s'obliger, les rapports de subordination ou de surveillance qui existent entre les époux (1).

1114. Cependant si le mari était mineur, absent, [illegible] et conséquemment incapable de donner à sa femme [illegible] autorisation expresse ou tacite, spéciale [illegible] femme, si elle était majeure, pourrait [illegible] l'autorisation de faire le commerce [illegible] ce cas, serait nécessairement expresse [illegible] mettre l'opinion de quelques auteurs [illegible] le cas de minorité du mari, les parents [illegible] est nécessaire, aux termes de l'article [illegible] pour qu'il puisse devenir commerçant (4) [illegible] à donner à sa femme l'autorisation nécessaire [illegible] marchande publique (5). L'autorisation [illegible] est une autorisation directe qui ne peut [illegible] placé sous la surveillance de ses parents [illegible] comme la femme n'est jamais sous la [illegible] de son mari, je ne vois pas comment [illegible] accorderaient à celui-ci de faire le commerce [illegible] ter une semblable autorisation pour la femme [illegible] ils pourraient autoriser le mari à [illegible] qu'eux mêmes ne pourraient donner à [illegible] sation directe.

Selon des auteurs, la femme majeure [illegible] neur, ne peut même [illegible] est, disent-ils, condamnée à [illegible] le commerce, que son mari [illegible]

(1) En sens contraire, [illegible]

(2) C. civ., 224.

(3) Pardessus, ib.; Duranton, [illegible] Delamarride, n. 121. En sens contraire [illegible]

(4) V. sup., n. 1057.

(5) M. Vazeille, t. II, n. [illegible]; M. [illegible] Comp. des tribunaux de comm., [illegible]

l'autoriser (1). C'est là en effet une véritable condamnation infligée à la femme que de l'obliger, parce que son mari est mineur, à subir les pertes qui pouraient résulter pour elle d'un défaut d'autorisation, par exemple dans le cas où elle serait appelée à succéder au commerce de celui de qui elle hérite. Telle n'a pu être l'intention de la loi : en exigeant l'autorisation du mari, elle a pourvu au cas le plus ordinaire; mais on ne peut induire de son silence que l'incapacité du mari entraîne fatalement l'incapacité de la femme. Autrement il faudrait aller jusqu'à dire que, lorsque le mari est absent ou interdit, il est défendu à la femme de demander à la justice une autorisation que son mari ne peut lui donner. Des auteurs, il est vrai, ne reculent pas devant cette conséquence (2) ; mais il me semble qu'il suffit de l'indiquer pour faire voir ce qu'il y a d'exagéré dans un système dont le résultat est de refuser à la femme le droit d'utiliser son aptitude et son industrie précisément quand par son travail elle peut devenir le soutien nécessaire de sa famille (3).

Il en est de même de la femme majeure dont le mari est pourvu d'un conseil judiciaire. Nous avons vu plus haut (4) que celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut être autorisé par son conseil à faire le commerce, une telle autorisation étant de sa nature générale et indéfinie et comprenant des actes que le prodigue ne peut faire sans l'assistance spéciale de son conseil, assistance dont une autorisation générale aurait précisément pour objet de le dispenser. Il suit de là que le mari qui, étant pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut faire le commerce, ne peut par la même raison autoriser sa femme à devenir marchande publique, même avec l'assistance de son conseil, puisqu'il ne peut autoriser sa femme à faire ce qu'il

(1) M. Nouguier, t. I, p. 262 ; M. Alauzet, t. I, p. 37.

(2) M. Bravard, p. 18 ; M. Nouguier, *loc. cit.*

(3) M. Bédarride, n. 122. V. M. Dalloz, *Répert.*, v° *Commerçant*, n. 177 ; M. Alauzet, t. I, n. 38. — Selon M. Beslay, t. I, n. 317, il faut à la fois l'autorisation de la justice et celle du mari. Mais on ne voit pas comment si l'autorisation du mari mineur ne vaut rien, elle ajouterait quelque chose à l'autorisation de la justice.

(4) V. *sup.*, n. 1100.

ne peut faire lui-même, et que, lorsqu'il ne peut pas s'obliger directement, il ne peut valablement consentir à ce que sa femme l'oblige, obligation qui, ainsi que nous le verrons plus tard, est la conséquence de l'autorisation donnée par le mari à sa femme (1).

Si la femme était mineure comme son mari, l'autorisation que celui-ci serait incapable de lui accorder devrait être demandée, non à la justice, mais aux parents de la femme, dont l'autorité prime celle des tribunaux : dans ce cas, l'article 2 du Code de commerce, spécialement relatif à l'autorisation des mineurs qui veulent faire le commerce, deviendrait seul applicable.

Mais lorsque la femme seule est mineure, tandis que le mari est majeur, il y a plus de difficulté sur le point de savoir si la femme est habilitée à faire le commerce par le consentement de son mari, ou s'il faut de plus le consentement des parents, qui, aux termes de l'article 2 précité, est nécessaire à tout mineur qui veut faire le commerce.

Dans le sens de l'opinion qui regarde comme inutile l'autorisation exigée par l'article 2 du Code de commerce pour le mineur commerçant, on peut dire que l'autorité du mari absorbe celle de la famille ; et que la femme, quoique mineure, n'a à répondre de sa conduite que devant son mari qu'elle engage, et non devant ses parents qui, en la mariant, ont perdu toute l'autorité qu'ils avaient sur elle, et ne sont plus responsables de ses actions (2). Mais, en approfondissant davantage la question, on arrive à un résultat contraire. Ce n'est pas que j'admette, avec quelques auteurs, les arguments pris de ce que l'article 2 du Code de commerce ne distingue pas entre les mineurs mariés et ceux qui ne le sont pas ; et de ce que l'article 4 du même Code, qui exige le consentement du mari pour que la femme puisse devenir marchande publique, ne

(1) Voy. *inf.*, n. 1130. Paris, 13 nov. 1866, Bulletin de la Cour de Paris, p. 910; M. Demolombe, t. IV, n. 226. V., en sens contraire, M. Beslay, t. I, n. 318.

(2) Telle est l'opinion à laquelle je m'étais rangé dans le *Dictionnaire du contentieux commercial*, mais à laquelle je crois devoir renoncer après un plus mûr examen (v° *Femme*, n. 3).

contient aucune dérogation aux dispositions de l'article 2 (1). Si la question n'avait d'autre élément de décision que ces deux articles, on pourrait fort bien répondre que l'article 2 du Code de commerce n'avait pas besoin d'exprimer une distinction qui résultait suffisamment de l'article 4, lequel, en disposant d'une manière générale que la femme mariée peut faire le commerce avec le consentement de son mari, exclut implicitement l'utilité d'une autre autorisation.

C'est donc dans les principes mêmes du droit qu'il faut chercher la raison de décider.

Le mariage émancipe la femme mineure, mais il ne fait que l'émanciper, c'est-à-dire que, tandis qu'elle devient capable de faire, avec la seule autorisation de son mari, tous les actes que le mineur peut faire seul ou avec l'assistance de son curateur (dont le mari fait naturellement l'office), elle reste sous l'autorité de ses parents pour tous les actes que le mineur émancipé ne peut faire sans une délibération du conseil de famille. Si donc, tant qu'il ne s'agit que de l'administration de ses biens, la femme mineure procède valablement sous la seule autorisation de son mari, il n'en est plus de même quand il s'agit d'actes qui excèdent les pouvoirs d'un administrateur (2). Ces principes, incontestables en matière ordinaire et lorsqu'il s'agit d'actes purement civils, sont également vrais lorsqu'il s'agit d'actes de commerce, ou de matières commerciales. Or, comme l'autorisation de faire le commerce implique celle de faire des actes autres que ceux de pure administration, puisque, pour faire le commerce, il faut engager sa personne et ses biens, meubles ou immeubles, les aliéner, on doit en conclure que la femme mineure a besoin d'être autorisée par ses parents pour faire le commerce et les actes qui en sont la con-

(1) M. Duranton, t. II, n. 476; M. Vazeille, t. II, n. 330; M. Orillard, n. 168.

(2) « A l'égard des actes que les mineurs ne peuvent faire valablement, même avec un curateur, dit Pothier (*De la puissance maritale*, n. 32), un mari, quoique majeur, ne peut les rendre valables en autorisant sa femme mineure pour les faire. Par exemple, l'aliénation volontaire que la femme mineure aurait faite de quelqu'un de ses immeubles, ne laisserait pas d'être nulle, quoiqu'elle eût été autorisée par son mari majeur. »

séquence nécessaire, comme elle aurait besoin d'être autorisée par eux pour faire des actes qui, au lieu de se rapporter à des transactions commerciales, se rapporteraient à des transactions purement civiles (1). Seulement cette autorisation, bien que sa nécessité procède des principes généraux posés par les articles 476 et suivants du Code civil, ne devra pas être donnée dans la forme déterminée par ces articles pour le cas où il s'agit d'actes civils, mais dans la forme spéciale déterminée par l'article 2 du Code de commerce, pour les actes qui ont un caractère commercial (2).

A plus forte raison l'autorisation du mari seul serait-elle insuffisante s'il s'agissait de l'acquisition d'un fonds de commerce, préjudiciable pour la femme et faite dans l'intérêt du mari seul (3).

1115. De ce qu'aux termes de l'article 4 du Code de commerce, la femme ne peut *être* marchande publique sans le consentement de son mari, il suit que si le consentement du mari est nécessaire dès le principe pour que la femme devienne marchande publique, il est également nécessaire que ce consentement persiste pour que la femme continue de faire le commerce, et qu'elle ne peut plus le faire lorsque ce consentement lui est retiré. Le mari peut donc toujours révoquer l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce. C'est ce qui s'induit encore des principes généraux de la puissance maritale, qui ne permettent pas au mari d'aliéner cette

(1) Delvincourt, *Inst. du dr. comm.*, t. II, p. 7, note 8 ; Pardessus, n. 63; Dalloz, v° *Mariage*, p. 163; M. Bédarride, n. 119; M. Alauzet, t. I, n. 32; M. Beslay, t. I, n. 299 et suiv. Arrêt de la cour d'appel de l'île de Maurice, du 1er juin 1819, S., 6, 2, 80; Toulouse, 26 mai 1821, *Ibid.*, 418. — En sens contraire, Voy. Grenoble, 17 fév. 1826, S., 8, 2, 194. — Un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1859, S., 59, 1, 801, a jugé que si le consentement du mari suffit pour habiliter la femme mineure à faire le commerce, sans qu'il soit nécessaire en outre qu'elle soit autorisée par ses parents ou le conseil de famille, ce n'est qu'autant qu'il s'agirait d'un commerce séparé de celui de son mari. Mais nous croyons que cette décision, qui implique le droit du mari d'autoriser la femme mineure à faire un commerce séparé, repose sur une distinction qui n'a rien de juridique.

(2) C. com., art. 3.

(3) Paris, 23 avril 1861, S., 61, 2, 412.

puissance en donnant un consentement ou une autorisation qu'il ne pourrait plus retirer. Il n'y a même pas lieu de distinguer à cet égard entre la femme qui est marchande publique au moment même de son mariage, et celle qui le devient plus tard, puisque l'une et l'autre tiennent la faculté de faire le commerce de la volonté du mari, et que le mari ne pourrait d'ailleurs s'interdire expressément ou tacitement, par le contrat de mariage, la faculté de changer de volonté (1).

L'autorisation donnée à la femme par la justice ou par les parents, pendant la minorité du mari, pourrait même être révoquée par le mari devenu majeur. La justice et la famille, en exerçant un droit qui excédait momentanément la capacité du mari, ne peuvent prolonger leur puissance au delà des bornes que leur assigne naturellement la majorité du chef de l'association conjugale.

Il y a plus : de ce que la femme ne peut *être* marchande publique sans le consentement du mari, il résulte que la femme ne pourrait avoir recours à la justice pour faire maintenir l'autorisation que son mari voudrait lui retirer. Lors de la discussion au Conseil d'État de l'article 4 du Code de commerce, on avait proposé une rédaction, aux termes de laquelle « le mari pouvait en tout temps faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y avait lieu, à le continuer ; » mais le Conseil rejeta en définitive cette rédaction pour s'en tenir à celle qui est aujourd'hui l'article 4, de laquelle il résulte que la femme, ne pouvant *être* marchande publique sans le consentement de son mari, doit cesser de l'être quand le mari cesse de consentir à ce qu'elle le soit (2).

M. Pardessus (3), tout en admettant cette solution en principe, pense cependant que la règle qui permet au mari de ré-

(1) Locré, sur l'art. 4, C. com. ; Pardessus, n. 64 ; Toullier, t. XII, n. 257 ; M. Cubain, n. 586 et 587 ; M. Alauzet, t. I, n. 40 ; M. Bédarride, n. 115.

(2) M. Locré, sur l'art. 4 C. com. M. Beslay t. I, n. 309. — Voy. en sens contraire, M. Bédarride, n. 115 ; M. Alauzet, t. I, n. 40.

(3) N. 64.

voquer le consentement qu'il a donné à ce que sa femme fasse le commerce, est modifiée en faveur de la femme séparée judiciairement : dans ce cas la femme qui prétendrait que son mari est sans motifs valables pour révoquer le consentement qu'il lui a donné, pourrait s'adresser aux tribunaux qui deviendraient alors juges du point de savoir si l'autorisation doit être maintenue. Mais cette solution ne me semble pas devoir être admise en présence des articles 4 et 5 du Code de commerce qui exigent l'autorisation maritale aussi bien lorsque la femme est commune que lorsqu'elle ne l'est pas, sans distinguer si la non-communauté provient d'une séparation judiciaire ou d'une séparation contractuelle.

Il ne faudrait pas toutefois conclure de ce qui précède que le mari puisse intempestivement révoquer l'autorisation donnée à sa femme; et, sous ce rapport, les tribunaux peuvent être juges des effets de la révocation ainsi que cela sera expliqué tout à l'heure (1).

1116. Aucune loi ne détermine la forme dans laquelle le mari peut révoquer l'autorisation qu'il a donnée : ce qui se comprend dès qu'aucune loi ne détermine la forme dans laquelle elle doit être donnée. De même donc que la femme est présumée autorisée par cela seul qu'elle fait le commerce (2), tant qu'elle ou son mari ne prouvent pas à l'encontre des tiers le défaut d'autorisation, de même aussi, tant que la femme fait publiquement le commerce, on doit présumer que le mari ne lui a pas retiré son consentement, si le contraire n'est pas prouvé par la femme ou par le mari ; et encore, dans ce cas, on ne pourrait opposer cette révocation aux tiers qui ont traité avec la femme dans l'ignorance de l'incapacité qui l'a ressaisie. La prudence commande donc au mari qui veut révoquer son consentement de donner à cette révocation la plus grande publicité possible, par affiche au tribunal de commerce et par insertion dans les journaux, conformément à ce qui se pratique au cas où, par le retrait du bénéfice de l'émancipation,

(1) Voy. *inf.*, n. 1117.
(2) Voy. *sup.*, n. 1107.

le mineur se trouve privé de la faculté de faire le commerce (1).

1117. Quant aux effets de la révocation, il est manifeste qu'ils ne peuvent rétroagir, et que, s'ils privent la femme de la faculté de s'engager dans de nouvelles affaires, ils ne peuvent la délier des engagements qu'elle a pris dans les affaires non encore terminées et en cours d'exécution. La fraude serait trop facile envers les tiers qui contractent avec la femme, si, par un retrait intempestif d'autorisation, le mari pouvait la dégager des affaires dans lesquelles elle ne trouve pas le succès sur lequel elle comptait, et rejeter sur les tiers la suite de ses fausses spéculations et de ses erreurs commerciales.

Le retrait de l'autorisation n'empêche donc pas la femme de mener à fin les affaires commencées ; et, en cas de contestation, c'est au tribunaux à déterminer le moment où la femme doit cesser absolument de faire le commerce.

1118. Nous avons vu (2) que la femme marchande publique peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce sans l'autorisation de son mari ; le consentement que celui-ci donne au commerce de sa femme est une autorisation permanente qui n'a pas besoin d'être renouvelée pour chacun des actes de ce commerce. La femme se trouve alors dans une position fort analogue à celle du mineur autorisé à faire le commerce (3) : si le mariage la place dans un état qui a beaucoup de rapports avec la minorité, par le consentement que lui donne son mari elle est réputée majeure pour ce qui concerne son commerce ; avec cette différence toutefois, qui réside plutôt dans le principe de l'autorisation que dans ses conséquences, que l'autorisation donnée au mineur lui attribue une capacité qu'il n'avait pas, tandis que celle qui est donnée à la femme majeure fait seulement revivre la capacité dont la puissance maritale paralysait les effets (4).

(1) Voy. *sup.*, n. 1042. — Voy. Cass., 23 janv. 1854, S., 54, 1, 193.

(2) *Sup.*, n. 1107.

(3) *Statutum prohibens mulieribus et minoribus absque certis solemnitatibus inire contractus, non habet locum in negotiis ad mercaturam pertinentibus.* Casaregis, *Disc.* 100, n. 15.

(4) *Minor pro majori reputatur in concernentibus negotia mercantilia, et in fortioribus arguendo ad mulieres quæ de jure communi non sunt inhabi-*

Il suit de là que les femmes marchandes publiques ne sont point restituables contre leurs obligations pour fait de commerce (1), parce que, dit Toubeau (2), en faisant une action virile, elles ne doivent point jouir d'un bénéfice qui n'est pas accordé aux hommes.

1119. Il suit encore de tout ce qui précède que la femme marchande publique n'est dispensée de l'autorisation particulière de son mari que pour les actes relatifs à son commerce. Pour tous les autres, il faut qu'elle recoure à un consentement spécial, puisqu'elle n'agit plus, en les faisant, dans la qualité que lui attribue le consentement général qui lui permet de faire le commerce.

Sur le point de savoir quels actes doivent être réputés commerciaux, sur la présomption de commercialité qui atteint les actes de la femme, on peut consulter ce que j'ai dit sur ces diverses questions relativement aux mineurs (3).

1120. Il y a toutefois une différence remarquable, en ce qui touche l'étendue de l'autorisation, entre celle qui est donnée au mineur, et celle qui est donnée à la femme.

L'autorisation donnée au mineur étant toujours expresse, il en résulte que son étendue dépend toujours des termes dans lesquels elle a été donnée. Il en est de même de l'autorisation donnée à la femme quand elle est expresse pour un commerce en particulier ou pour le commerce en général. Mais comme cette autorisation peut être tacite et qu'elle résulte le plus ordinairement alors de la tolérance du mari, dont la femme fait le commerce à son vu et su, il en résulte que dans ce cas l'autorisation donnée à la femme a pour mesure la tolérance du mari, et qu'elle a le droit de faire tout ce que son mari lui laisse faire.

1121. De même que le mineur, la femme peut s'associer pour

litæ ad contrahendum. Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 92 et 93 ; le card. de Luca, *De alien.*, *disc.* 34, n. 5 et suiv., et *De credito*, *disc.* 75, n. 5, et *disc.* 78, n. 8.

(1) Marquardus, *De jure mercatorum*, lib. I, cap. XII.

(2) Page 348.

(3) Voy. *sup.*, n. 1043 et suiv. — Voy. aussi *inf.*, n. 1267, et Cass., 28 janv. 1854, S., 54, 1, 193.

faire le commerce qu'elle a été autorisée à faire. Les motifs applicables au mineur le sont également à la femme (1). L'opinion contraire a prévalu, il est vrai, dans la doctrine et la jurisprudence (2), qui se fonde surtout sur ce que « étendre les effets de l'autorisation de faire le commerce jusqu'à la faculté pour la femme de contracter une société en nom collectif avec des tiers, ce serait conférer à des tiers le pouvoir d'obliger la femme, et fournir à celle-ci le moyen de paralyser, pendant toute la durée de la société, l'exercice du droit réservé au mari de retirer en tout temps l'autorisation accordée. » Mais cette considération me semble plus spécieuse que décisive. Il est constant que la femme ne peut par l'usage qu'elle fait de l'autorisation paralyser le droit du mari de la lui retirer. Mais résulte-t-il de là que la femme ne puisse pas s'associer avec un tiers? non : il en résulte seulement que, malgré cette association, le mari peut retirer l'autorisation qu'il a donnée, et que le retrait de cette autorisation mettra fin à la société formée par la femme. Une société formée par une femme autorisée à faire le commerce est subordonnée à la condition résolutoire du retrait de l'autorisation; et les tiers qui se sont associés avec la femme ne peuvent se plaindre d'un événement qu'ils ont dû prévoir puisqu'ils savaient que l'autorisation qui donnait à la femme le pouvoir de faire le commerce et de s'associer pour faire ce commerce, n'était pas irrévocable.

Il est bien évident d'ailleurs que la femme ne pourrait s'associer pour un commerce autre que celui pour lequel ell est autorisée, et que le mari qui laisserait sa femme s'associer pour faire un certain commerce serait réputé l'autoriser tant pour l'association que pour le commerce (3).

1122. Les femmes marchandes publiques peuvent comme

(1) M. Pàris, *Comm. du Code de comm.*, t. I, p. 223; Cadrès, *Modif. du Code civil*, p. 41.

(2) Voy. M. Pardessus, n. 66; M. Delangle, t. I, n. 56; M. Molinier, n. 176; M. Demolombe, t. IV, n. 297; M. Alauzet, t. I, n. 31; M. Bédarride, n. 125; Paris, 9 mars 1857, S., 59, 2, 501; Cass., 9 nov. 1859, S., 60, 1, 74; D., 60, 1, 86.

(3) Cass., 27 mars 1841, S., 41, 1, 385; M. Bédarride, n. 125. — Sur le point de savoir si la femme peut s'associer avec son mari, voy. *inf.*, n. 1267

les mineurs engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. Cette question, affirmativement résolue par l'article 7 du Code de commerce, était autrefois douteuse, aussi bien pour les femmes que pour les mineurs (1). Il suffira de faire remarquer ici sur ce point que, quant aux biens stipulés dotaux des femmes mariées sous le régime dotal, ils ne peuvent être aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par les articles 1554 et suivants du Code civil (2).

1123. Du reste, la femme, bien qu'autorisée par son mari à faire faire le commerce et tous les actes qui s'y rapportent, ne peut, sans son autorisation expresse et spéciale, ou, à son défaut, sans celle de la justice, ester en jugement même pour les faits relatifs à son commerce. C'est la disposition expresse de l'article 215 du Code civil. Dans l'ancien droit, il y avait des auteurs qui décidaient le contraire. « Les femmes mariées peuvent s'obliger, disait Toubeau (3), qui ne faisait que suivre en ce point le sentiment de Marquardus (4); elles peuvent, sans être autorisées, agir et poursuivre leurs débiteurs et être convenues en justice pour le fait de leur commerce, n'y ayant pas d'apparence non plus que de justice, que le droit leur donne pouvoir de contracter en cette matière, sans leur donner en même temps la faculté de demander ce qui leur est dû, et de poursuivre ceux qui leur doivent. » L'article 13 de la coutume de Troyes venait à l'appui de cette opinion : « Femme mariée ne peut ester en jugement, et ne se peut obliger sans le consentement de son mari...., si elle n'est séparée ou marchande publique. » Mais aujourd'hui, en présence de la disposition formelle de l'article 215 du Code civil, ces idées ne sauraient avoir cours; et la faculté qui est donnée à la femme de recourir à la justice pour obtenir l'autorisation que son mari lui refuse, le met à l'abri de tout danger, et répond aux craintes manifestées par Toubeau et par Marquardus.

(1) Voy. *sup.*, n. 1056.
(2) C. comm., art. 7, V. *inf.*, n. 1325.
(3) Page 347.
(4) Lib. I, cap. XII, n. 10.

1124. Lorsque la femme est demanderesse et que son mari refuse de l'autoriser, la femme, alors même que la demande qu'elle se propose de former serait de la compétence des tribunaux de commerce, doit s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir l'autorisation dont elle a besoin, parce que cette autorisation n'a elle-même rien de commercial et rentre par conséquent dans les limites de juridiction ordinaire. Mais quand la femme est défenderesse, les tribunaux de commerce peuvent incidemment lui accorder l'autorisation qui lui est nécessaire pour suppléer celle de son mari : « Attendu, porte un arrêt de la Cour de Cassation, du 17 août 1813 (1), qui explique fort bien la raison de cette différence, que si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement lorsqu'elle est défenderesse, l'article 218 du Code civil donne au juge le droit d'accorder l'autorisation ; que le juge dont cet article parle est évidemment le juge saisi de la contestation ; qu'on ne doit point confondre ce cas avec ceux de l'article 219, relatifs aux femmes qui veulent intenter des actions ou passer des actes ; qu'en ces derniers cas, l'autorisation formant l'objet d'une demande principale, c'est au tribunal de première instance qu'il appartient naturellement d'en connaître ; qu'au contraire, lorsque la femme est défenderesse, l'autorisation n'étant qu'une simple formalité, le juge saisi de la contestation peut et doit l'accorder, sans quoi les procédures seraient inutilement multipliées et prolongées contre le but de la loi, qui est de les simplifier et d'en accélérer l'expédition (2). »

1125. Remarquons d'ailleurs que l'autorisation dont la femme a besoin pour agir et pour se défendre, ne lui est pas nécessaire pour des actes conservatoires, tels que protêts ou saisies-arrêts. Il suffit qu'elle soit autorisée lorsqu'il s'agit de plaider sur la validité de ces actes et de les ramener à exécution (3).

(1) S., 4, 1, 422.

(2) M. Merlin, *Répert.*, v° *Sénatus-consulte Velléien*, § 3, n. 4 ; M. Duranton, t. II, n 466 ; M. E. Vincens, t. I, p. 229.

(3) M. Pardessus, n. 70.

1126. C'est ici le lieu de faire remarquer que la femme marchande publique peut compromettre sur tous les objets relatifs à son commerce, puisqu'elle en a la libre disposition (1). Il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point.

1127. Mais il en est autrement du point de savoir si la femme, dans ce cas, a besoin, pour compromettre, de l'autorisation de son mari. D'une part, il est certain qu'elle peut s'obliger pour son commerce sans avoir besoin de cette autorisation. En considérant donc le compromis relatif au commerce de la femme comme une obligation ordinaire, on pourrait en conclure que la femme marchande publique peut compromettre sans l'autorisation de son mari. Mais, d'un autre côté, nous venons de voir que la femme, même marchande publique, ne peut ester en justice sans le consentement de son mari ; or compromettre, c'est-à-dire constituer un arbitrage, agir, demander, défendre, en un mot, plaider devant des arbitres, c'est en quelque sorte ester en justice, puisque la sentence arbitrale doit avoir l'effet d'un jugement, et que par l'effet de l'appel, de la requête civile, de l'action en nullité, elle peut conduire à une contestation judiciaire proprement dite. La femme marchande publique a donc besoin, pour compromettre, de l'autorisation de son mari (2). Cette solution se trouve d'ailleurs confirmée par la combinaison des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile. Aux termes de l'article 1004, on ne peut compromettre sur les contestations communicables au ministère public ; et, d'après l'article 83, les causes des femmes non autorisées de leurs maris doivent être communiquées au ministère public. Dans tous les cas donc où la femme n'est pas autorisée par son mari, c'est-à-dire où elle n'a pas capacité pour ester seule en justice, il n'y pas lieu à compromis, puisque le défaut d'autorisation du mari, qui rend l'autorisation de la justice nécessaire, rend en même temps la cause communicable au ministère public (3). Je sais bien qu'il n'y a pas de mi-

(1) C. proc., 1003.

(2) Je m'étais rallié à une opinion contraire, que je crois devoir abandonner. Voy. *Diction. du contentieux commercial*, v° *Compromis*, n. 11, *in fine*.

(3) Voy. M. Chauveau sur Carré, p. 3252.

nistère public devant les tribunaux de commerce, et que, par conséquent, la cause ne peut, dans cette hypothèse, être communiquée : mais cela n'empêche pas que, de sa nature et en elle-même, la cause ne soit communicable, bien qu'en fait elle ne soit pas ou ne puisse pas être communiquée : ce qui suffit pour légitimer l'application à la question actuelle de l'argument tiré de la combinaison des articles 83 et 1004.

1128. La femme marchande publique est capable de s'obliger : tel est le principe posé par l'article 220 du Code civil.

Elle obligeait sa personne avant l'abolition de la contrainte par corps en ce qu'elle devenait contraignable pour l'exécution de toutes ses obligations commerciales; tandis que la femme non marchande publique n'était jamais contraignable par corps, sauf le cas de stellionat (1). Cette distinction entre la femme marchande publique et la femme non marchande, quant à l'exercice de la contrainte par corps, a été admise de tout temps. Les plus anciens arrêts posaient ce principe, que la femme ne peut être contrainte par corps pour dette civile : *Dictum fuit quod corpora mulierum non possunt detineri pro debito civili* (2) ; « car fresle chose est de femme, dit naïvement Bouteiller dans sa *Somme rurale* (3) ; et pour ce ne veut la loy qu'elle soit tourmentée de prison pour debte civile (4). » Mais aussi, dès ce temps-là, on faisait exception à ce principe, dans le cas où la femme était marchande publique, pour tout ce qui concernait son négoce. C'est ce qui résulte clairement de l'article 8 du chapitre XVII, livre II, du grand-coutumier rédigé sous le règne de Charles VI. « Par usage de cour laye, y est-il dit, femme soit mariée ou autre, ne doit tenir prison, pour quelque cas civil quel qu'il soit, tant soit obligée de

(1) L. 17 avril 1832, art. 2; C. civ., 2066.

(2) Arrêt de l'an 1397. Brodeau sur Louet, lettre F, n. 11.

(3) Liv. II, tit. VI, art. 9.

(4) « Qui est la raison, ajoute Brodeau (*ubi sup.*), pour laquelle il a été jugé, par un ancien arrêt du 8 mars 1528, qu'une femme mariée n'avait pu être excommuniée à faute de payement de ses dettes, d'autant que par l'excommunication le mari *privatur obsequiis uxoris*, ne pouvant converser avec elle. »

garde et commande par foi et serment, ou autrement, *excepté Champagne;* » c'est-à-dire en ce qui concerne le fait des foires de Champagne, grand rendez-vous commercial de l'époque, qui a conservé longtemps son importance, et dont les usages sont devenus des lois. «*Negotiatrix enim mulier*, dit Choppin (1), *vinculis cogitur æs alienum exsolvere, licet in sacris potestateque mariti constituta sit.* »

1129. Elle oblige ses biens, en ce qu'elle est personnellement tenue sur ses biens propres des dettes qu'elle a contractées pour le fait de son commerce.

Mais il y a sur ce point des distinctions à faire, selon le régime sous lequel la femme a contracté mariage.

Si la femme est mariée sous le régime de la communauté, le payement des obligations contractées par la femme peut être poursuivi, soit sur les biens de la communauté, soit sur les biens personnels de la femme, puisque, dans l'un et l'autre cas, il s'agit de dettes contractées avec le consentement du mari (2).

Si les époux se sont mariés séparés de biens, il est manifeste que, dans ce cas, tous les biens de la femme sont naturellement tenus des dettes qu'elle contracte, puisque le mari n'a rien à prétendre sur ces biens, et que d'ailleurs, en autorisant sa femme à s'engager, il a par cela même consenti d'avance à ce qu'ils répondissent de ses engagements commerciaux (3).

Mais si, au contraire, les époux ont adopté le régime dotal, la femme, dont les biens dotaux sont inaliénables, ne peut être contrainte que sur l'excédant des revenus dotaux (4) ou sur ses biens paraphernaux (5), ou sur ses marchandises, qui ne peuvent jamais être considérées comme dotales, puisqu'elles sont essentiellement aliénables, étant toujours destinées à être vendues. Cependant, lorsque la contrainte par corps pouvait être

(1) *De morib. Paris.*, tit. I, n. 9; et *In consuet. Andeg.*, lib. III, cap. II; tit. II, n. 6.

(2) C. civ., 1409, 1419.

(3) C. civ., 1536 et suiv.

(4) Nîmes, 26 fév. 1851, S., 51, 2, 413; M. Troplong, *Contrat de mariage*, n. 3310.

(5) C. civ., 1554, 1574.

exercée contre la femme ou contre son mari, les immeubles dotaux pouvaient être vendus pour les tirer de prison (1).

1130. Un des effets les plus remarquables du consentement donné par le mari au commerce de sa femme, c'est que, lorsqu'il y a communauté entre eux, le mari est tenu des dettes de la femme, encore bien qu'il ne l'ait pas spécialement autorisée pour chacun des actes qui la constituent débitrice, puisqu'en autorisant sa femme à faire le commerce, il lui a donné par cela même une autorisation anticipée pour tous les actes que ce commerce rend nécessaire (2). D'un autre côté, le commerce n'ayant pour objet que des choses mobilières, et le mobilier que la femme acquiert par son industrie pendant le mariage tombant dans la communauté, dont le mari est le maître (3), il est juste que le mari et la communauté supportent les suites des engagements commerciaux dont ils partagent les bénéfices (4). Toutes les anciennes coutumes, tous les anciens docteurs, étaient d'accord sur ce point (5). Le tablier de la femme oblige le mari, dit un ancien proverbe, cité par Brodeau (6).

Le mari demeurerait obligé lors même qu'il aurait été énoncé dans l'acte d'autorisation que la femme ferait le commerce à ses risques et périls et sans recours contre lui; cette clause ne pourrait être opposée aux tiers qui ont contracté avec la femme, quand bien même ils en auraient eu connaissance. Ils ne peuvent être privés de leur action contre le mari qu'autant qu'ils y auraient formellement renoncé (7).

Le mari n'est pas seulement tenu des obligations de la femme sur les biens de la communauté, il en est tenu aussi

(1) C. civ., 1558. — Il a même été jugé que l'autorisation d'aliéner la dot peut être accordée pour donner à la femme les moyens d'exploiter un fonds de commerce, qui est sa seule ressource. Cass., 5 nov. 1855, S., 56, 1, 204.

(2) C. civ., 220, 1426.

(3) C. civ., 1401, 1421, 1426.

(4) Pardessus, n. 67.

(5) Toubeau, p. 342 et suiv.

(6) Sur Louet, lettre F, n. 11.

(7) Paris 19 juin 1860, D., 69, 2, 247.

sur ses biens propres. C'est ce qui résulte de l'article 1409 du Code civil (1).

Cependant il faut distinguer, relativement aux conséquences de ces obligations, entre le cas où elles sont payées avec les biens de la communauté, et celui où elles sont payées avec les biens propres du mari. Comme, dans le premier cas, la communauté qui paye les dettes profite des bénéfices, la femme ne lui doit aucune récompense à raison des dettes payées, pas plus que la communauté n'aurait dû lui tenir compte des bénéfices qu'elle aurait réalisés. Ici le mari est l'associé de la femme. Mais, dans le second cas, c'est-à-dire quand le mari paye avec ses biens propres, la femme doit une indemnité à son mari, qui dans cette hypothèse ne pouvait profiter des bénéfices de la femme, et qui n'est dès lors qu'une sorte de caution solidaire (2).

1131. Les règles qui précèdent, sur l'obligation du mari, cessent d'être applicables à différents degrés, lorsque les époux se sont mariés sous un régime exclusif de la communauté, c'est-à-dire avec une clause simplement exclusive de la communauté, séparés de biens, ou sous le régime dotal.

Lorsqu'il n'y a qu'une simple clause exclusive de la communauté, le mari conservant l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage, en même temps que le droit de percevoir les fruits des biens pour soutenir les charges du mariage (3), il faut en conclure qu'il a également le droit de percevoir les bénéfices et les produits du commerce que sa femme est autorisée à faire, non comme *fruits* des biens de la femme, caractère qu'on doit refuser à ces produits (4), mais comme mobilier échu pendant le mariage. Il suit de là que le mari, nanti des valeurs mobilières et immobilières de la femme, peut être contraint de payer avec ces valeurs les dettes que la femme a con-

(1) Voy. *inf.*, n. 1288.
(2) C. civ., 1419.
(3) C. civ., 1530 et 1531.
(4) Voy. *inf.*, liv. IV.

tractées dans son commerce, sauf à faire entrer les sommes qu'il a déboursées pour le payement de ces dettes en ligne de compte et en déduction dans la restitution qu'il doit faire à la femme lors de la dissolution du mariage, ou de la séparation de biens, de tout le mobilier qu'il a perçu (1).

Quand, au contraire, les époux se sont mariés avec clause de séparation de biens, les créanciers de la femme marchande publique ne peuvent jamais agir contre le mari pour le payement des dettes contractées par la femme dans le commerce que son mari s'est borné à autoriser, parce que la femme conserve l'entière administration de ses meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus (2). Il en est de même, sauf en ce qui touche l'excédant des revenus (3), si les époux se sont mariés sous le régime dotal, parce que la femme a la jouissance et l'administration de ses biens paraphernaux, les seuls qui soient aliénables (4); que le mari n'a que l'administration et la jouissance des biens dotaux, lesquels sont inaliénables, et qu'il n'a aucun droit sur les profits faits par sa femme, par suite des spéculations commerciales auxquelles elle s'est livrée pour son propre compte (5).

1132. C'était une question que de savoir avant l'abolition de la contrainte par corps, si, quand le mari est tenu des dettes de la femme marchande publique, il en était tenu pa[r] corps, alors même qu'il ne s'était pas engagé lui-même personnellement et conjointement avec elle. Dans l'ancien dro[it], on admettait communément l'affirmative; et Brodeau (6) cit[e], entre autres décisions, un arrêt du parlement de Paris [du] 1er mars 1580, qui condamne un mari par corps pour det[tes] contractées par sa femme marchande publique pour le fait d[e] son commerce, encore que ces dettes eussent été contract[ées] par la femme seule, et que le mari n'eût point parlé dans l'o[bligation]

(1) Pardessus, n. 71; C. civ., 1831. — Voy. *inf.*, n. 1315 et suiv.
(2) C. civ., 1576.
(3) V. sup., n. 1129.
(4) C. civ., 1536.
(5) Colmar, 2 août 1825, S., 8, 2, 122, et Toulouse, 17 avril 1831, *ibid.* 32, 2, 585, et D., 32, 1, 31. — Voy. *inf.*, n. 1322.
(6) Sur Louet, lettre F, n. 11.

bligation. On peut voir dans Brodeau (1), dans Toubeau (2), dans Ferrière (3), le détail des autorités qui s'étaient prononcées en ce sens. Cette opinion se fondait sur ce que « la femme doit obliger son mari de la même manière qu'elle l'est, puisqu'il consent qu'elle fasse un négoce pour lequel elle est contraignable par corps, qu'il en profite, et même qu'il est le maître de ce que sa femme acquiert par ce moyen, pour en disposer à sa volonté, et en ce faisant rendre sa femme insolvable et sujette à la contrainte par corps (4). » Cette opinion, qui sous l'ancien droit n'était pas sans contradicteurs (5), a trouvé sous le nouveau droit beaucoup moins de partisans. Elle en a trouvé cependant qui se fondent, pour soumettre le mari à la contrainte par corps, sur ce qu'il est réputé l'associé de la femme, et sur ce que, dans les sociétés de commerce, tous les associés sont tenus par corps des engagements contractés par celui d'entre eux qui a le droit de signer pour la société (6).

Mais les raisons qu'on a invoquées autrefois, de même que celles sur lesquelles on s'est appuyé depuis, reposaient sur une fausse appréciation de la véritable position du mari d'une femme marchande publique. La règle générale était que la contrainte par corps devait être prononcée contre toute personne condamnée pour dette commerciale (7). Or, le mari commun en biens, ou non séparé, qui autorise sa femme à faire le commerce, et par suite se soumet à payer ses dettes, ne fait pas acte de commerce, et conséquemment ne contracte pas une dette commerciale, soit qu'on l'envisage

(1) Sur Louet, lettre F, n. 11.

(2) Page 346.

(3) Sur l'art. 234 de la Coutume de Paris. — *Adde*, Pothier, *De la puissance maritale*, n. 22; Renusson, *De la communauté*, 1re part., ch. VII, n. 44; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 708.

(4) Ferrière, *loc. cit.*

(5) Boyer, décis. 349; Le Caron, sur la Cout. de Paris; Papon, *ibid.*, cités par Toubeau, p. 344.

(6) Delvincourt, *Droit civ.*, t. I, notes, p. 167, n. 6; Fournel, sur l'art. 3, tit. II, de la loi du 15 germ. an VI, note 1.

(7) L. 17 avril 1831, art. 1.

comme caution de sa femme, soit qu'on l'envisage comme son associé.

Considéré comme caution, le mari se trouverait protégé par le principe posé dans l'article 2060 du Code civil, qui ne prononçait la contrainte par corps contre les cautions des contraignables par corps que lorsqu'elles s'étaient soumises à cette contrainte (1); et il est manifeste que le mari, en autorisant sa femme à faire le commerce, et par suite en lui donnant un cautionnement indirect qui résulte, non d'une stipulation expresse, mais seulement de sa position particulière, n'avait pas entendu se soumettre à la contrainte par corps.

Considéré comme associé, le mari ne se trouverait pas dans une position pire. Si, en matière commerciale, les associés, tenus les uns pour les autres, étaient contraignables par corps les uns comme les autres, cela n'avait lieu qu'à l'égard des individus engagés dans les liens d'une société commerciale, qui comme tels sont réputés commerçants, et qui sont parties nécessaires, nommés ou innomés, à tous les actes faits dans l'intérêt social par l'associé administrateur. Mais ici il en est tout autrement: il n'y a aucune société commerciale entre le mari et la femme; il n'y a qu'une société civile, une société conjugale. C'est en vertu de cette association, antérieure à l'autorisation de faire le commerce, que le mari profite des bénéfices réalisés par la femme dans le commerce qu'elle fait en son nom seul; l'autorisation de faire le commerce, donnée par le mari à la femme, ne modifie en rien les droits et les obligations respectifs des époux qui ont été déterminés par leurs conventions matrimoniales; et cette autorisation, le plus ordinairement tacite, ne peut avoir pour effet de substituer à l'association conjugale préexistante, une société commerciale dont l'établissement est toujours soumis à de nombreuses formalités préalables.

Concluons de là que le mari n'était jamais tenu par corps des dettes commerciales de sa femme, à moins qu'il n'eût été

(1) Cass., 20 août 1833, S., 33, 1, 743; D., 3, 1, 343; et 7 juin 1837, S., 37, 1, 593.

partie à l'obligation, ou qu'en la cautionnant, il ne se fût expressément soumis à cette voie d'exécution (1).

1132 *bis*. De ce que le mari qui autorise sa femme à faire le commerce n'est pas, par cela seul, commerçant, il en résulte qu'il ne peut être déclaré en faillite. Il ne saurait y avoir aucun doute sur ce point (2).

1133. Du reste, il ne faut pas perdre de vue, et c'est là un point fort important, que la femme n'oblige son mari par les actes qu'elle fait en son propre nom, que si elle est marchande publique, et qu'elle n'est pas marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (3).

De plus, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, elle ne s'oblige pas elle-même quand elle n'est pas spécialement autorisée à s'engager personnellement.

Mais il ne faut pas conclure de là que la femme, qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ne puisse jamais l'obliger; si elle agit comme préposée à la gestion du commerce de son mari, elle devient sa mandataire, et l'oblige par les actes de sa gestion pour lesquels elle est alors réputée avoir une autorisation suffisante (4). Elle pourrait, par la même raison et au même titre, l'obliger en souscrivant des lettres de change, si elle y avait été autorisée, ou si son mari était illettré (5): *parvi refert qui sit institor, masculus vel fœmina* (6). Mais comme dans ce dernier cas elle n'agirait qu'en qualité de mandataire, elle ne s'obligerait pas elle-même à

(1) Toullier, t. II, n. 639, et t. XII, n. 245; Duranton, t. II, n. 482; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 358, M. Beslay, t. I, n. 369; voy. M. Pont, *Contr. de mar.*, t. II, n. 804. — Lyon, 26 juin 1822, S., 7, 2, 91; Paris, 7 août 1832, S., 33, 2, 52; D., 33, 2, 132.

(2) M. Beslay, t. I, n. 370.

(3) C. civ., 220; C. com., 5. — V. Cass., 1er janv. 1869, D., 69, 208.

(4) Cass., 25 janv. 1821, S., 6, 1, 372; 2 avril 1822, S., 7, 1, 48.

(5) Bruxelles, 27 février 1809, S., 3, 2, 36; Dijon, 26 juin 1816, S., 5, 2, 164; Angers, 27 février 1817, S., 6, 2, 32.

(6) L. 7, § 1. *ff*. *De instit. act.* Heineccius, *De vitiis negotiationis collybisticæ*, cap. II, § 8: *Adeo ut nonnullis locis sufficere si uxor mariti negotiationi præsit quamvis suis auspiciis mercaturam non exerceat.*

moins de circonstances particulières desquelles pourrait résulter une obligation (1).

1133 *bis*. Si la femme marchande publique, oblige son mari en s'obligeant elle-même, s'il y a communauté entre eux, il faut en conclure que réciproquement les créanciers personnels du mari ont pour gage la marchandise du commerce de la femme parce que ces marchandises font partie de la communauté dont le mari est le maître, et que l'autorisation donnée par le mari à la femme de faire le commerce ne saurait avoir pour effet d'attribuer à ces marchandises le caractère de propres et de les exclure de la communauté (2).

1134. Jusqu'ici nous nous sommes occupés de la femme marchande publique, et des droits ou des obligations qui naissent du commerce qu'elle fait en cette qualité. Il nous reste à rechercher les effets, relativement aux femmes en général, qu'elles soient ou non marchandes publiques, de certains actes qui ont le caractère commercial à un degré plus ou moins élevé.

Occupons-nous d'abord des lettres de change et des billets à ordre. — Ce qui suit s'applique non-seulement aux femmes mariées, mais encore aux filles qu'à cet égard la loi met sur la même ligne (3).

1135. Il n'est pas douteux d'abord que les femmes ou les filles marchandes publiques puissent valablement apposer leur signature sur des lettres de change, des billets à ordre, soit qu'il s'agisse de les tirer et de les souscrire, de les accepter ou de les endosser. « *Si mercatrix sit fœmina*, dit Heineccius (4), *nullum est dubium quin rigor cambialis locum habeat, sive se primario obligaverit, sive intercesserit pro alio; nam omnia jura cambialia mercatricem cambiare permittunt* (5). » Il ne suffit

(1) Pardessus, n. 65; Paris, 15 juillet 1854, S., 55, 2, 657. Voy. *inf.*, n. 1140.

(2) M. Alauzet, t. I, n. 44; M. Beslay, t. I, 372 et suiv. V. en sens contraire, M. Pardessus, t. I, n. 69; M. Molnier, t. I, n. 183; M. Bédarride, n. 137.

(3) C. com., 140.

(4) *De vitiis negotiationis collybisticæ*, cap. II, § 8.

(5) Arg. de l'art. 113, Code com.

pas cependant, pour que la femme puisse souscrire des lettres de change ou des billets à ordre, qu'elle soit marchande publique; il faut que ces actes se rapportent à son commerce. « *Quin ne sufficit quidem*, dit encore Heineccius (1), *mercaturam exercere fœminam; sed oportet etiam litteras cambiales super negotio ad mercaturam pertinente datas esse; quod tamen in dubio tantisper præsumitur, dùm contrarium à fœminâ mercatrice non probetur.* » Du reste il est évident que la femme marchande qui a souscrit des lettres de change, ne cesse pas d'être obligée commercialement par sa signature, en cessant de faire le le commerce. *In omne enim contractu ad initium contractûs potissimum respicitur* (2).

1136. Mais il en est autrement des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques. Aux termes de l'article 113 du Code de commerce, leur signature, sur des lettres de change ou des billets à ordre (3), ne vaut que comme *simple promesse*. L'engagement n'est donc pas complétement nul à leur égard. Leur signature les oblige, mais seulement comme elles seraient obligées par une obligation ordinaire : c'est-à-dire que leur signature, sur une lettre de change ou un billet à ordre, ne produit aucun des effets particuliers attribués à ce genre d'obligation.

Ainsi, elles n'étaient pas obligées par corps, puisque la contrainte par corps ne pouvait jamais être la sanction d'une simple promesse faite par un non-commerçant (4).

Elles ne doivent ni droits de change, ni droits de rechange, ni frais de retraite à raison des lettres de change qu'elles ont souscrites (5). Sur ces divers points il ne saurait y avoir de difficulté.

Il y a difficulté, au contraire, sur le point de savoir si cette simple promesse constitue, pour la femme, une obligation solidaire, de telle sorte qu'elle la soumette à l'action récursoire

(1) *Elem. jur. camb.*, cap. v, § 5.
(2) Heineccius, *ibid.*, § 7.
(3) C. com., 187.
(4) V. *inf.*, n. 1301.
(5) M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 8, n. 5, t. XVI, p. 651.

de tous les endosseurs, et non pas seulement à l'action personnelle du bénéficiaire de l'effet qu'elle a souscrit, ou de celui à qui elle l'a endossé, ou de celui qui en était porteur au moment où elle l'a accepté.

Pendant longtemps il n'y a eu aucun précédent doctrinal ou jurisprudentiel sur cette question, qui doit cependant se trouver au fond de toutes les contestations qui s'élèvent à l'occasion des effets de la signature donnée par des femmes ou des filles non marchandes publiques, sur des lettres de change ou des billets à ordre, question dont la solution, dans un sens ou dans l'autre, soulève des objections qui ne sont pas sans gravité.

A ceux qui prétendraient que la solidarité existe contre les femmes ou les filles non marchandes publiques, et que le porteur, quel qu'il soit, a contre elles l'action récursoire que le droit spécial aux lettres de change accorde contre tous ceux qui les ont signées (1), on peut répondre que cette solidarité exceptionnelle n'est pas de l'essence des simples promesses; qu'elle est, au contraire, un des effets les plus remarquables des lettres de change, et que cet effet ne peut être produit par une obligation qui n'a d'une lettre de change ou d'un billet à ordre que le nom, et qui, à l'égard des femmes et des filles, n'est qu'une obligation purement civile.

A ceux qui prétendraient, au contraire, que les femmes et les filles non marchandes publiques, signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, ne peuvent être poursuivies que par celui ou ceux envers qui elles se sont directement obligées, et qu'elles ne sont pas soumises à l'action récursoire des endosseurs subséquents, on peut répondre que si une simple promesse exclut les effets en quelque sorte extrinsèques de la lettre de change, tels que la contrainte par corps, les droits de change, de rechange, et autres analogues, en un mot, tout ce qui en rend l'exécution plus rigoureuse, tout ce qu'Heineccius appelle *rigor cambialis*, elle n'exclut pas ce qui est de l'essence même de l'obligation souscrite par la femme,

(1) C. com., 140.

ce qui en constitue une condition intrinsèque ; et conséquemment qu'elle n'exclut ni la solidarité, qui est une manière de s'obliger commune aux matières civiles et aux matières commerciales, à laquelle se soumet de plein droit toute personne qui appose sa signature sur une lettre de change, ni l'action récursoire de tous les endosseurs subséquents, qui est la suite et le complément de la solidarité.

Il est vrai que cette lettre de change ne produit pas vis-à-vis de la femme les effets particuliers au contrat de change; mais ici la solidarité et l'action récursoire ne sont pas des effets du contrat de change considéré comme contrat commercial; elles sont l'effet de l'obligation contracté par la femme avec d'autres ou pour d'autres, et par laquelle, en s'engageant envers celui avec qui elle a contracté directement, elle s'est engagé envers tous ceux auxquels ce créancier direct aura transmis ses droits.

C'est ce dernier système qui me paraît devoir être préféré (1).

Il suit de là que le porteur d'un billet à ordre ou d'une lettre de change réputés simple promesse n'en est pas moins obligé sous peine de déchéance de tout recours contre la femme non marchande publique qui y a apposé sa signature, de remplir, en cas de non-payement à l'échéance, les formalités de protêt et de dénonciation de protêt. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la chambre des requêtes à mon rapport, le 29 décembre 1868 (2) : « Attendu que si, aux termes des articles 113 et 187 du Code de commerce, les engagements contractés par des femmes ou des filles non marchandes publiques en la forme commerciale de lettres de change ou de billets à ordre, ne valent que comme simples promesses, cette atténuation dans les conséquences rigoureuses de ce genre d'engagements n'altère en rien les devoirs des tiers porteurs, et ne les dispense pas de l'obligation de faire protester l'effet non payé à l'échéance, puisque, s'il en était autrement, la disposi-

(1) Il a été consacré par la Cour de cassation le 30 janv. 1849, S., 49, 1, 225. — Voy. cependant, M. Alauzet, t. II, n. 362.

(2) S., 69, 1, 167.

tion introduite dans l'intérêt des femmes tournerait contre elles, ne les privant des fins de non-recevoir et des déchéances qui protégent les endosseurs ordinaires... »

1137. Du reste, si une femme non marchande tire ou signe une lettre de change conjointement avec son mari, la solidarité qui existe entre les femmes et les autres signataires, existe, à plus forte raison, entre elle et son mari (1).

1138. L'article 113 du Code de commerce, aux termes duquel la signature des femmes ou filles non marchandes publiques sur des lettres de change, ne vaut que comme simple promesse, a donné lieu à une autre question sur laquelle il y a une grande divergence entre les auteurs et les arrêts. C'est celle de savoir si, à raison de cette signature, la femme non marchande publique est justiciable des tribunaux de commerce ou si elle est justiciable des tribunaux civils. Pour la compétence des tribunaux civils on se fonde sur ce que les tribunaux de commerce ne sont compétents, dans l'hypothèse dont il s'agit, ni à raison de la matière, puisqu'il ne s'agit pas, à l'égard de la femme, d'une lettre de change, mais d'une simple promesse qui n'a rien de commercial; ni à raison de la personne, puisque la femme n'est pas marchande publique (2).

Mais on répond avec raison que les lettres de change, bien que réputées simples promesses à l'égard de la femme, conservent néanmoins la forme tant extrinsèque que substantielle des lettres de change, et ont, par conséquent, un caractère exclusivement commercial, qui attribue aux tribunaux de commerce la connaissance des difficultés auxquelles elles donnent lieu, puisque l'article 632 du Code de commerce soumet généralement les lettres de change, entre toutes personnes, à la juridiction commerciale.

(1) Riom, 22 nov. 1809, S., 3, 2, 148; Paris, 8 févr. 1820, S., 6, 2, 202, et 1er juillet 1870, D., 71, 2, 2.

(2) Delvincourt, *Instit. du droit commercial*, t. II, p. 98, note 5. M. Alauzet, t. IV, n. 2062. — Paris, 16 août 1811, S., 3, 2, 354; Bordeaux, 11 août 1826, S., 8, 2, 276; Limoges, 16 février 1833, S., 33, 2, 277; Riom, 8 avril 1840, *ibid.*, 40, 2, 268.

Un autre argument se tire encore de l'article 636 du Code de commerce, qui, en disposant d'une manière limitative que lorsque les lettres de change sont réputées simples promesses aux termes de l'article 112 (c'est-à-dire dans le cas où elles renferment des omissions qui leur font perdre le caractère de lettres de change), les tribunaux civils sont compétents pour en connaître, fait, par cela même, clairement entendre que lorsqu'une lettre de change est réputée simple promesse, dans le cas de l'article 113, relativement aux femmes ou filles non marchandes publiques, le tribunal de commerce conserve la compétence, qui, en cette matière, est de règle générale (1).

Il en est de même lorsque la signature des femmes ou des filles est apposée sur un billet à ordre dans tous les cas où la présence de signatures d'individus commerçants, sur ce billet à ordre, en attribue la connaissance aux tribunaux de commerce (2).

1139. Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que la signature d'une femme non marchande publique, sur une lettre de change ou un billet à ordre, ne vaut, comme simple promesse, qu'autant qu'elle a été autorisée par son mari à la donner. Si elle n'avait pas été autorisée, soit par le consentement écrit de son mari, soit par son concours dans l'acte, elle serait recevable à demander la nullité de son engagement, qui ne la lierait en aucune manière, ni civilement, ni commercialement (3).

Quand le consentement du mari est donné par écrit, il est facile d'en apprécier la portée; mais il y a plus de difficulté sur le point de savoir, en matière de lettres de change ou de billets

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 3, n. 5; M. Carré; *Compét.*, n. 592. — Limoges, 19 mai 1813, S., 4, 2, 313; Aix, 22 fév. 1822, S., 7, 2, 28; Montpellier, 20 janv. 1835, S., 35, 2, 336; Cass., 26 juin 1839, *ibid.*, 39, 1, 878; et 6 nov. 1843, *ibid.*, 44, 1, 53; et 30 janv. 1849, *ibid.*, 49, 1, 226.

(2) C. com., 636.

(3) C. civ., 217. — *Cæterum si vel maximè fœminis non mercatricibus negotiatio collybistica conceditur, regulariter tamen cambiare non possunt, nisi vel curatoris, vel adsistentis auxilio utantur.* (Heineccius, *Elem. jur. camb.*, cap. v, § 5.)

à ordre, ce qui, en l'absence d'un consentement écrit, constitue un concours duquel résulte une autorisation suffisante.

Si la femme s'oblige conjointement et solidairement avec son mari, il y a concours formel du mari, et consentement exprès et nécessaire à l'obligation de la femme qui se confond avec celle du mari.

Il en est de même dans le cas où la femme accepte une lettre de change tirée sur elle par son mari. Le mari qui fait traite sur sa femme l'autorise évidemment à accepter la lettre de change qu'il lui adresse : il fait même plus, puisqu'il lui en donne en quelque sorte l'ordre (1).

Il m'avait semblé qu'il devait en être autrement dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans le cas d'une lettre de change tirée par la femme sur son mari et que l'acceptation de cette lettre de change par le mari ne constituait pas une autorisation valable, parce qu'elle n'était pas concomitante à l'obligation souscrite par la femme. Cependant, après un plus mûr examen, je pense que l'autorisation résultant de l'acceptation peut valablement intervenir après l'obligation, parce que cette acceptation est en quelque sorte le complément et la confirmation de l'obligation (2).

A plus forte raison en serait-il ainsi s'il était prouvé, soit par la teneur même de la lettre de change, soit par la preuve testimoniale (3), que l'acceptation du mari est intervenue au moment même où la femme tirait la lettre de change, de telle sorte que les deux obligations du mari et de la femme auraient été simultanément contractées l'une à cause de l'autre : l'acceptation intervenue dans ces circonstances serait sans aucun doute une autorisation suffisante.

Au surplus, l'acceptation par la femme d'une lettre de change tirée par son mari ne fait supposer une autorisation

(1) M. E. Persil, *De la lettre de change*, sur l'art. 113, Cod. com., n. 3. — Caen, 2 août 1814, S., 4, 2, 401.

(2) Riom, 23 janv. 1809; Colmar, 28 nov. 1818; Dijon, 1er août 1818; Demante, t. I, n. 300; Marcadé, sur l'art. 225. — Voy. en sens contraire, Paris, 12 juin 1815; Cass., 26 juin 1839, S., 39, 1, 878; Duranton, 2, n. 518; M. Demolombe, t. IV, n. 211.

(3) Turin, 17 déc. 1810, S., 3, 2, 372.

antérieure, que lorsque la lettre de change est tirée par le mari sur la femme elle-même. Dans le cas contraire, l'acceptation par la femme n'est plus qu'un cautionnement qu'elle donne à son mari et qui nécessite une autorisation expresse. Il en serait de même si la femme signait *pour caution* une lettre de change tirée par son mari sur un tiers (1), ou si elle y apposait son aval (2).

1140. Du reste, il ne faut pas confondre les lettres de change souscrites par une femme non marchande publique, en son propre nom, et celles qu'elle souscrit au nom de son mari dont elle gère le commerce, en vertu d'un mandat tacite ou exprès. Les premières seules sont considérées comme simples promesses : les secondes, au contraire, obligent le mari commercialement. « S'il était prouvé, dit très-bien Pothier (3), que la femme d'un marchand est dans l'usage de signer, au su de son mari, des lettres de change pour son mari, qui peut-être ne sait pas écrire, sa signature, en ce cas, serait valable : mais ce ne serait pas elle qui serait censée contracter et qui s'obligerait; ce serait son mari qui serait censé contracter par le ministère de sa femme. » Ces lettres de change peuvent aussi, suivant les circonstances, obliger la femme; mais les circonstances qui font reconnaître s'il y a obligation en déterminent en même temps l'étendue (4).

1141. Sur le point de savoir si la femme mariée peut acquérir des droits de propriété littéraire, obtenir un brevet d'invention, il faut se référer à ce qui a déjà été dit sur ses divers points à l'égard des mineurs dont la position est, à cet égard, identique à celle des femmes (5).

(1) Riom, 2 fév. 1810, S.. 3, 2, 197.

(2) *Si mercaturam non exercet fœmina, dupliciter contingere potest ut ejus cambium sit vitiosum et inutile: primum si fœmina intercedat pro aliis, cambium acceptet, mariti cambio suscribat; deindè si leges provinciales vel statutariæ mulieres perpetuæ curatelæ subjiciant.* Heineccius, *De vitiis negot. collybis.*, cap. II, § 8.

(3) *Du contrat de change*, n. 28.

(4) V. *sup.*, n. 1133.

(5) V. *sup.*, n. 1074 et s. V. aussi *inf.*, tit. IV, ch. I, ce qui est relatif aux droits du conjoint de celui des époux qui a des droits de propriété littéraire ou industrielle.

1142. Enfin on s'est demandé si une femme peut être arbitre.

Du temps de l'arbitrage forcé qui donnait aux arbitres le caractère momentané de fonctionnaires publics, il ne me paraît pas douteux que les femmes ne pouvaient remplir un office qui excédait leur capacité civile et politique. Tous les auteurs sont, je crois, d'accord sur ce point (1).

S'il s'agit, au contraire, d'un arbitrage volontaire, la question devient plus délicate.

L'arbitre volontaire ne remplissant pas une fonction publique, il semble au premier abord que les femmes qui, en règle générale, peuvent être mandataires (2), sont, par cela même, capables d'être arbitres, puisque les arbitres ne sont en quelque sorte que des mandataires. Cependant je me décide pour l'opinion contraire. Je ne puiserai pas les arguments sur lesquels je me fonde dans la loi de l'empereur Justinien, qui défendait aux femmes d'être arbitres, pas plus que je ne crois nécessaire de répondre aux arguments qu'on chercherait en sens inverse dans le droit canon. Mais il me semble que les arbitres volontaires remplissant une sorte de magistrature, et faisant l'office de juges, à tel point que leur sentence, une fois revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*, est un véritable jugement, soumis à la voie de l'appel, comme les jugements des tribunaux ordinaires, une femme ne peut être appelée à remplir ces fonctions essentiellement viriles. Et si l'on me demandait sur quelle loi je me fonde pour repousser les femmes de l'arbitrage, je demanderais sur quelle loi on se fonde pour les repousser des fonctions publiques, et je ne crois pas qu'il y ait une seule loi qui se soit formellement expliquée à cet égard. C'est un point de droit public sous-entendu dans la loi, parce qu'il est écrit dans les mœurs (3).

(1) V. Chauveau sur Carré, n. 3260. — V. cependant M. Cubain, n. 68[illegible].

(2) C. civ., 1990.

(3) Arrêt du Parlement de Paris, du 29 août 1602, rapporté par Merlin, *Rép.*, v° *Arbitrage*, n. 1; arrêt du Parlement de Bretagne, du 6 septembre 1610, *ibid.*; M. de Vatimesnil, *Encyclop. du droit.*, v° *Arbitrage*, n. 158; M. Rodière, t. I, p. 11. — En sens contraire, Chauveau sur Carré, n. 3260; M. Cubain, n. 684.

CHAPITRE V

DES FAILLIS.

SOMMAIRE. — 1143. Ce que c'est que la faillite. — 1144. La faillite est un fait exclusivement commercial.

1143. Nous venons, dans les chapitres qui précèdent, de passer en revue les incapacités qui, établies par le droit civil, réagissent sur le droit commercial, en comprenant les actes commerciaux dans la généralité des actes interdits aux incapables, ou que les incapables ne peuvent faire que sous certaines conditions d'autorisation préalable.

Nous allons nous occuper ici d'une incapacité particulière établie par le droit commercial, mais dont les effets ne sont pas seulement concentrés dans les actes commerciaux, et embrassent de plus, dans le cercle d'interdiction qu'elle trace autour du commerçant, des actes et des droits purement civils.

Je veux parler de la faillite.

La faillite est l'état de tout commerçant qui cesse ses payements. C'est la définition qu'en donne l'article 437 du Code de commerce.

1144. Payer ses dettes est l'obligation de tout débiteur : c'est là une règle commune aux matières civiles et aux matières commerciales. Mais tandis qu'en matière civile celui qui ne paye pas ses dettes n'est soumis qu'aux poursuites individuelles, plus ou moins générales, que ses créanciers peuvent diriger contre lui, le commerçant qui cesse ses payements, et qui est déclaré en état de faillite, se trouve placé, sous le rapport de sa personne, de ses biens et de ses droits, dans un état exceptionnel dont je me propose d'examiner ici le caractère et les effets. Nous allons rechercher d'abord le caractère de l'état de faillite; nous nous occuperons ensuite de ses effets.

SECTION I. — CARACTÈRES DE L'ÉTAT DE FAILLITE.

SOMMAIRE. — 1145. Diverses espèces de faillites. — 1146. La faillite n'est pas l'insolvabilité. — 1147. Caractères constitutifs de la faillite. Cessation

1145. La loi, comme je l'ai déjà dit, définit la faillite : l'é de tout commerçant qui cesse ses payements. Un ancien teur allemand, Wegnern, avait donné de la faillite une dé nition plus complète : *Bancciruptor est debitor qui casu culp inter negotiandum non solvendo factus est*. Straccha dit dans termes équivalents, mais plus explicites : *Decoctor est qui fo tunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo vitio, n solvendo foro cessit* (1).

(1) *De decoctoribus*, IIe part., n. 2. — *Decoctor*, dit Straccha, *descendit*

Il suit de ces définitions qu'il y a deux espèces de faillites : l'une où le débiteur est malheureux, l'autre où il est coupable. Dans notre droit, le débiteur malheureux retient le nom générique de failli; le débiteur coupable prend celui de banqueroutier, *bancciruptor* (1). La faillite simple est un fait purement civil; la banqueroute, au contraire, est un délit (2).

1146. Il suit encore de ces définitions qu'il y a faillite, quoiqu'il n'y ait pas impossibilité de payer plus ou moins absolue : il suffit qu'il y ait cessation de payements, c'est-à-dire que le débiteur ne paye pas, alors même qu'il le pourrait : ce qui arrive lorsque, par fraude, il feint de ne pas le pouvoir; ou lorsque, n'étant pas payé de ses dettes actives, il se trouve dans l'impossibilité actuelle de payer ses dettes passives. C'est là ce qui distingue le débiteur failli du débiteur insolvable. Celui dont l'actif excède le passif est failli, s'il cesse de payer; tandis que celui dont le passif excède l'actif peut ne pas être en faillite, s'il trouve dans son crédit les ressources nécessaires pour faire face à ses engagements. C'est donc à tort qu'un ancien auteur, Roccus (3), voit dans l'excédant du passif sur l'actif un signe certain de la faillite, cette circonstance ne pouvant jamais être qu'une cause de la faillite, cause qui n'est pas toujours déterminante.

De reste, celui qui, pour ne pas payer ses dettes, dissimule ses facultés, et qui se rend ainsi coupable d'une fraude, n'est pas seulement un failli, c'est de plus un banqueroutier à un degré plus éminent encore que celui qui n'a que des fautes à se reprocher (4).

1147. C'est donc la cessation de payements qui est le caractère constitutif de la faillite; mais comme la cessation de payements est un fait le plus ordinairement complexe, il est

verbo decoquo. — *Dicitur decoctus quia substantiam suam consumit sicut ignis paulatim coquendo diminuit.* Roccus, *De decoctione*, note 1, n. 2.

(1) De l'italien *banca rotta*, banque rompue.

(2) C. com., 585. V. *inf.*, sect. III.

(3) *Inter alias probationes decoctionis potissima est illa quando perpensis facultatibus debitoris recognoscit judex non possidere tot bona quæ pro solutione debitorum satis superque sint.* (*De decoctione*, note 5, n. 16.)

(4) C. comm., 586. — Voy. *inf.*, sect. III.

impossible d'en déterminer les symptômes d'une manière précise et uniforme. La loi l'a plusieurs fois tenté, mais sans succès. L'article 1[er] du titre des *Faillites et banqueroutes*, de l'ordonnance de 1673, réputait la faillite ou banqueroute ouverte « du jour que le débiteur s'était retiré, ou que le scellé avait été apposé sur ses biens »; ce qui était indiquer deux symptômes seulement d'un fait dont les symptômes peuvent se multiplier à l'infini. L'article 441 du Code de commerce de 1808, qui avait voulu être plus explicite, n'avait réussi qu'à être plus obscur, en semblant limiter aux faits qu'il indiquait (tels que la retraite du débiteur, la clôture de ses magasins, la date des actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce) les caractères essentiellement fugitifs et mobiles d'un fait dont l'aspect varie selon la diversité des circonstances qui le produisent. Aussi la loi de 1838, en se bornant à indiquer le fait constitutif de la faillite, a abandonné aux juges le soin de décider, d'après les circonstances que leur expérience commerciale les met à même d'apprécier sainement, s'il y a cessation de payements, et par suite si la faillite peut être déclarée; reconnaissant enfin la verité de ces paroles de Casaregis (1) et du cardinal de Luca (2), qui condamnaient d'avance les essais de nos législateurs : « *Ad probandam decoctionem certa regula non est in jure determinata neque ad probandum quandò quis sit proximus decoctioni.* »

1148. C'est, par la même raison, aux tribunaux à déterminer si le commerçant qui suspend ses payements, les cesse. Les jurisconsultes italiens, qui avaient une tendance très-prononcée à ne voir la faillite que dans l'insolvabilité absolue du débiteur, dans l'excédant du passif sur l'actif, se refusaient par la même raison à toute assimilation de la suspension et de cessation de payements (3). Ce serait se jeter dans une exagération contraire que de voir nécessairement une faillite dans une suspension de payements; mais c'est se tenir dans

(1) *Disc.* 179, n. 88.
(2) *De credito*, *Disc.* 10, n. 13.
(3) Casaregis, *Disc.* 192, n. 2.

le vrai que de reconnaître qu'une suspension de payements, qui est une cessation de payements momentanée, peut déterminer l'état de faillite, et de laisser aux tribunaux le soin de distinguer un temps d'arrêt, sans perturbation dans les affaires du commerçant, d'une suspension qui interrompt ses opérations, et dont le terme, bien que prévu, ne pourra effacer les traces. Tout ici dépend des circonstances (1).

1149. Il n'est pas, du reste, nécessaire que la cessation de payements caractéristique de l'état de faillite soit générale et s'applique à tous les payements. Il est bien vrai que celui qui par des motifs spéciaux refuse de payer certaines dettes, soit parce qu'il ne les reçonnaît pas, soit parce qu'il a des exceptions à apposer au créancier, et qui cependant fait honneur à ses autres engagements, ne peut être déclaré en état de faillite. Mais celui qui, sans raison particulière, cesse de payer les uns, tandis qu'il paye les autres, n'en doit pas moins être déclaré en faillite ; s'il en était autrement, un débiteur pourrait favoriser les uns aux dépens des autres, ce que la loi des faillites a précisément pour but d'empêcher. Cesser de payer quelques dettes, c'est faire présumer qu'on est dans l'impossibilité de les payer toutes intégralement, ce qui équivaut dès lors à une cessation de payements générale (2).

C'est donc une proposition beaucoup trop absolue que celle d'un arrêt de la cour de Metz du 6 décembre 1855 (3), d'après lequel un commerçant ne peut être déclaré en état de faillite qu'à partir du jour où il a cessé d'une manière effective et réelle la généralité de ses payements.

1150. Cela nous conduit à examiner si celui qui n'a qu'un seul créancier, qu'il ne paie pas, peut être en état de faillite. Quelque extraordinaire qu'il puisse paraître qu'un commerçant n'ait qu'un seul créancier, cependant ce n'est pas là une question d'école, et que la théorie seule ait soulevée : elle s'est,

(1) V. Cass., 21 mars 1855, S., 56, 1, 33 ; Colmar, 19 janvier 1864, S., 64, 7, 113 ; Cass., 28 juillet, 1863, S., 63, 12 mars 1868, D., 68, 1, 435, 1, 471, et 25 nov. 1868, D., 69, 1, 151.
(2) V. Colmar, 19 avril 1860, S., 61. 2, 25.
(3) S., 56, 2, 171. — V. M. Renouard, t. I, p. 234.

au contraire, déjà depuis longtemps plusieurs fois représenté dans la pratique. Le 30 mai 1838, la cour de Paris a jugé qu'u commerçant ne pouvait être déclaré en faillite lorsqu'il n'avai qu'un seul et unique créancier, par ce motif que l'état de faillite a pour but principal de déterminer la position et de fixe les droits de chacun des créanciers ; et qu'un créancier unique peut toujours agir seul et de son chef contre son débiteur (1). Mais, depuis, la cour d'Orléans a jugé le contrair le 29 mai 1840 (2), et la Cour de cassation a consacré ce système en rejetant, le 7 juillet 1841 (3), le pourvoi formé contr l'arrêt d'Orléans, et en cassant, le 6 décembre de la mêm année (4), l'arrêt de Paris, par des motifs pris de la généralit des dispositions du Code de commerce. Depuis, la cour d Rouen s'est également prononcée dans le même sens (5), et l cour de Paris s'est rangée à cette jurisprudence par deu arrêts en date des 24 juin 1864 (6) et 31 mars 1865 (7).

Quant à moi, je suis porté à croire que la question n'a p été prévue par la loi. Il est même à remarquer que les princ pales dispositions législatives touchant les faillites suppose l'existence de plusieurs créanciers, et sont faites dans ce supposition. Mais de là on aurait tort de conclure que la fa lite ne peut être prononcée quand il n'y a qu'un seul créa cier, et cela par deux raisons principales. La première, c' que celui qui a contracté avec un commerçant a pu voir garantie dans la qualité de son débiteur et dans les v extraordinaires qu'elle autorisait contre lui, garantie qu'il peut perdre par une circonstance indépendante de sa lonté. La seconde, c'est qu'il peut y avoir autant d'intérêt p un seul que pour plusieurs à faire déclarer la faillite. Tel e cas, par exemple, où le créancier unique aurait intérêt à

(1) S. 39., 39, 2, 139.
(2) *Ibid.*, 40, 2, 363.
(3) *Ibid.*, 41, 1, 570.
(4) *Ibid.*, 42, 1, 77.
(5) Rouen, 22 mai 1842, S., 42, 2, 388.
(6) S., 64, 2, 156.
(7) *Ibid.*, 2, 128.

annuler les actes consentis par son débiteur à une époque voisine de celle où il est devenu insolvable (1).

1151. Nous avons vu que les commerçants seuls peuvent être déclarés en état de faillite : c'est le texte même de l'article 437 du Code de commerce. Mais on peut se demander si, pour constituer l'état de faillite d'un commerçant, la cessation de payements doit avoir lieu à l'occasion d'engagements commerciaux, et si le commerçant qui n'acquitterait pas ses obligations civiles, tout en payant exactement ses promesses et ses obligations commerciales, ne pourrait pas être déclaré en état de faillite ?

Sous l'ancien Code de commerce, la question ne me paraît pas avoir pu faire l'objet d'un doute sérieux : elle était résolue non-seulement par les principes, mais encore par le texte formel de l'article 441 qui, en décrivant les faits de nature à déterminer l'époque de l'ouverture de la faillite, mentionnait spécialement le refus d'acquitter ou de payer des *engagements de commerce;* ce qui excluait évidemment de la classe des faits caractéristiques de l'état de faillite, le refus de payer ou d'acquitter des engagements purement civils. Aussi avait-il été jugé, le 17 août 1818, par la cour de Metz (2) qu'il n'y avait point cessation de payements de la part d'un commerçant, dans le sens de l'article 441, par cela seul qu'il y avait refus ou retard d'acquitter des dettes non commerciales, et que des poursuites avaient été dirigées contre lui à l'occasion de ces dettes (3).

La loi nouvelle, il est vrai, ne reproduit pas l'ancienne disposition de l'article 441, mais elle ne la contredit pas; et, comme elle repose sur les mêmes principes, la même solution doit être admise.

En effet, le nouvel article 441, en laissant aux juges le soin de décider, d'après les circonstances, s'il y a cessation de

(1) Voy. *inf.*, sect. II, § 2. — M. Alauzet, t. IV, n. 1638 ; M. Renouard, t. I, p. 276; MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 27.

(2) S., 5, 2, 414.

(3) Pardessus, n. 1101; Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 26 et 34 ; Favard, *Répert.*, vº *Faillite*, § 1 ; Locré, sur l'article 441, n. 4.

payements, et par suite s'il y a faillite, sans reproduire l'énumération des faits qui, suivant l'ancien article 441, étaient des symptômes de cette cessation, ne leur a pas donné un pouvoir discrétionnaire tel qu'ils puissent arbitrairement déclarer une faillite, là où ne se trouveraient pas les symptômes caractéristiques de ce fait éminemment et exclusivement commercial : il leur a donné un pouvoir subordonné à certaines règles et à certains principes préexistants qui dominent nécessairement la matière. Or, le commerçant seul peut être déclaré en état de faillite ; et, comme le fait très-bien observer M. Locré (1), l'homme qui se livre au commerce réunit deux qualités qui n'ont rien de commun, celle de commerçant et celle de particulier. S'il est soumis au droit exceptionnel qui régit le commerce, pour tout ce qu'il fait dans la première de ces qualités, il demeure sous le droit commun toutes les fois qu'il agit dans l'autre, c'est-à-dire lorsqu'il traite ou qu'il s'engage comme propriétaire ou consommateur. Cela est si vrai que la juridiction commerciale, qui le revendique lorsqu'il est en justice à l'occasion de ses engagements commerciaux, l'abandonne à la juridiction civile ordinaire, lorsqu'il ne s'agit que des engagements qu'il a pris comme particulier, propriétaire ou consommateur. Par la même raison donc, celui qui manque à ses engagements comme particulier, sans y manquer comme commerçant, ne peut être déclaré en état de faillite, parce qu'alors le commerçant ne cesse pas ses payements et que ses engagements commerciaux ne sont pas en souffrance (2).

Cependant la cour de Nancy a jugé, le 30 juillet 1842 (3), que la cessation de payement de ses dettes civiles, de la part d'un commerçant, le constitue en état de faillite, aussi bien que la cessation de payement de ses dettes commerciales. Cette cour se fonde sur ce qu'il n'est pas possible d'admettre qu'un commerçant qui cesserait de payer ses dettes civiles, et qui, par cette raison, serait en état de déconfiture patente, puisse

(1) *Loc. cit., sup.*
(2) M. Lainné, *Des faillites*, p. 12.
(3) S., 42, 2, 498.

en même temps continuer ses opérations de commerce, et éviter l'état de faillite en contractant de nouvelles dettes civiles et en ne les payant pas, pour faire face d'un autre côté à ses dettes commerciales.

On comprend peu, d'abord, comment on pourrait créer des dettes purement civiles pour faire face à des engagements commerciaux (1), puisque, quelle que fût l'origine de l'obligation souscrite par un commerçant, elle deviendrait commerciale par cela seul qu'elle aurait son commerce pour objet définitif, et qu'elle y entrerait par suite de l'emploi qui en serait fait à l'extinction des dettes commerciales. En fait, il est donc assez difficile de comprendre une situation telle que la suppose la cour de Nancy. En droit, d'ailleurs, l'objection n'aurait aucune portée. Celui qui traite avec un commerçant une affaire purement civile, sait que la qualité de son débiteur ne lui sera d'aucun secours; qu'il ne pourra invoquer ni la célérité de la procédure commerciale, ni demander la contrainte par corps. Comment pourrait-il, dès lors, prétendre au bénéfice, beaucoup plus grand, de le faire déclarer en état de faillite? Il faudrait, pour cela, que toutes les créances du commerçant fussent mises sur la même ligne, quelles que fussent leur cause ou leur nature : ce qui ne peut pas être, puisque les unes sont civiles et régies par le droit commun, et que les autres sont commerciales et régies par le droit particulier au commerce. Il est bien vrai qu'une fois la faillite d'un commerçant déclarée pour cessation de payement de ses dettes commerciales, les dettes civiles entreront dans le passif de la faillite et se trouveront régies par les mêmes dispositions que les dettes commerciales; mais on aurait eu tort de conclure de ce qui se passe après la déclaration de faillite, à ce qui doit ou peut se passer avant. «La législation sur les faillites, dit très-bien M. Renouard (2), est exclusivement commerciale; et, pour être en faillite, il faut être commerçant. Mais comme la faillite est un état général et indivisible, qui s'étend sur la personne du failli et sur l'universalité, tant de

(1) V. *inf.*, n. 1152.
(2) *Des faillites*, t. I, p. 231, 1re éd.

ses dettes que de ses biens, il n'y a aucune distinction à faire, une fois sa faillite déclarée, entre ce qui est d'origine commerciale, et la partie non commerciale de ses affaires. » Toutefois cette indivisibilité, qui est le résultat de la faillite, ne pouvant exister avant la cause qui la produit, et avant la faillite les dettes étant distinctes et par leur nature et par leurs effets, j'en conclus qu'on ne peut réputer en état de faillite que le commerçant qui cesse de payer ses dettes commerciales, et non celui qui ne laisse en souffrance que ses obligations civiles (1).

Sans doute quand le défaut de payement d'une dette civile entraîne des poursuites qui ont pour conséquence, en paralysant la généralité de l'actif du débiteur, d'empêcher la généralité de ses payements et de mettre en souffrance ses dettes commerciales en même temps que ses dettes civiles, la faillite devra être déclarée (2); mais jusque-là et tant que le défaut de payement des dettes civiles ne réagira pas sur la solvabilité commerciale du débiteur, il ne pourra être mis en état de faillite (3).

1152. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que par créance commerciale on doit entendre, non pas seulement celle qui est commerciale par la forme, mais aussi celle qui est commerciale, soit par sa cause, soit par son objet, lors même qu'elle aurait une forme civile. Une créance dont la cause est commerciale ne deviendrait donc pas purement civile, parce qu'elle aurait été contractée par acte notarié, et qu'on y aurait affecté un gage ou une hypothèque. Le défaut de payement de cette créance suffit dès lors pour faire déclarer la faillite du débiteur (4).

1153. Mais s'il faut la cessation de payement des créances commerciales pour déterminer l'état de faillite, ce n'est pas une raison pour que la déclaration judiciaire de cet état ne puisse pas être provoquée par les créanciers civils quand le

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. V, n. 50; M. Bravard, t. V, p

(2) M. Renouard, t. I, p. 275, 3e édit.; M. Bravard, t. V, p

(3) M. Renouard, *ibid.*, p. 274, Cass., 2 déc. 1868, D., 69, 1 dant Rouen, 14 mai 1853, S., 54, 2, 428.

(4) Paris, 27 nov. 1841, S., 42, 1, 50.

débiteur cesse d'acquitter ses engagements commerciaux (1). Puisque l'état de faillite profite à tous, tous sont recevables à en provoquer la déclaration quand les circonstances constitutives de cet état viennent à se manifester.

1154. Ajoutons que, s'il est nécessaire, pour qu'un commerçant soit en état de faillite, qu'il cesse de payer ses dettes commerciales, il n'est pas nécessaire que cette cessation provienne d'une cause commerciale. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 18 mars 1826 (2), qu'un commerçant peut être constitué eu état de faillite pour une cessation de payement résultant de son arrestation par mesure administrative.

1155. Enfin de ce que la faillite est un état propre aux commerçants, il n'en résulte pas que celui qui a cessé d'être commerçant, cesse par cela même de pouvoir être déclaré en faillite à raison des dettes qu'il a contractées pendant qu'il faisait le commerce. Il y a sur ce point dans la loi belge de 1851 une disposition portant que celui qui n'exerce plus le commerce peut être déclaré en faillite si la cessation de ses payements remonte à une époque où il était encore commerçant. Cette disposition résout la question d'une manière fort juridique et me paraît devoir servir de règle doctrinale (3). Un arrêt de la cour de Limoges du 31 décembre 1856 (4) est donc allé trop loin en jugeant d'une manière générale qu'un commerçant peut être déclaré en faillite pour raison de dettes antérieures à la cessation de son commerce, alors même qu'avant cette cessation de commerce aucune poursuite n'avait téé dirigée contre lui. Sans doute, ainsi que le dit la cour de Limoges, la faillite est subordonnée à la qualité en laquelle les dettes impayées ont été souscrites, et un commerçant ne peut se soustraire en cessant le commerce aux conséquences de ses engagements : d'où il suit que, si un commerçant cesse le commerce dans un moment où il est au-dessous de ses af-

(1) Cass., 9 août 1849, S., 49, 1, 617, Bordeaux 22 mai 1865, S., 66, 2, 94. MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 55.

(2) S., 8, 1, 302.

(3) V. M. Renouard, t. I, p. 246

(4) S., 58, 2, 90.

faires, bien que sa mauvaise fortune n'éclate que plus tard, il n'en devra pas moins être déclaré en état de faillite parce que la cessation de payements latente qui caractérisait sa situation avant sa retraite l'a suivi jusqu'au jour du jugement déclaratif, et qu'il était commerçant quand il a cessé ses payements. Mais si au moment de sa retraite il était au-dessus de ses affaires et s'il n'a cessé de payer plus tard qu'en raison d'une insolvabilité survenue depuis qu'il a cessé de faire le commerce, ce n'est plus alors un commerçant qui cesse ses payements, et il ne peut être déclaré en état de faillite (1).

1156. La faillite, ainsi manifestée par les faits constitutifs de la cessation de payements, est déclarée par jugement du tribunal de commerce du domicile du failli (2), rendu, soit sur la déclaration faite par le failli qu'il a cessé ses payements, soit sur la requête d'un ou de plusieurs de ses créanciers, soit d'office (3). Le failli qui n'a pas fait sa déclaration au greffe, dans les trois jours de sa cessation de payements, doit être déposé dans la maison d'arrêt pour dettes (4), et peut être puni comme banqueroutier (5). Il doit, sous les mêmes peines, joindre à cette déclaration le dépôt de son bilan, c'est-à-dire de l'exposé de la situation de son actif et de son passif, ou l'indication des motifs qui l'empêchent de le déposer (6).

1157. Par le jugement déclaratif de la faillite ou par un jugement ultérieur, le tribunal détermine, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de payements; mais, à défaut de détermination spéciale, la cessation des payements est réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif (7).

(1) V. En ce sens Angers, 19 mai 1869, D., 69, 2, 240; et en sens contraire, Paris, 24 juin 1864, S., 64, 2, 156; 31 mars 1865, S., 66, 2, 128.

(2) Au cas où la faillite d'un commerçant a été déclarée par deux tribunaux différents, il y a lieu à règlement de juges pour faire déterminer celui des deux tribunaux qui restera saisi de la connaissance de la faillite, Cass., 13 mai 1862, S., 62, 1, 576. V. aussi Douai, 7 juin 1859, S., 60, 2, 86.

(3) C. comm., 440.

(4) *Ibid.*, 456. — Voy. *inf.*, sect. II, § 1.

(5) *Ibid.*, 586.

(6) *Ibid.*, art. 438 et 439.

(7) *Ibid.*, art. 441.

1138. Le jugement déclaratif de la faillite et celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation de payements sont susceptibles d'opposition de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute partie intéressée (ce qui, outre les créanciers, comprend ceux qui, à quelque titre que ce soit (1), ont intérêt à faire juger qu'il n'y a pas eu faillite ou à en faire changer la date), pendant un mois à partir de l'affiche et de l'insertion du jugement dans l'auditoire du tribunal et dans les journaux (2). Cependant aucune demande des créanciers, tendant à faire fixer la date de la cessation de payements à une époque autre que celle qui résulte du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, n'est recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation de créances (3). Il suit de là que les créanciers peuvent perdre le droit d'opposition par l'expiration des délais pour l'affirmation et la vérification des créances, tandis que, pour le failli et pour les autres intéressés, ce droit subsiste, quelle que soit la date de la vérification et de l'affirmation des créances, pendant tout le mois qui court à partir de l'insertion du jugement. Et réciproquement, les créanciers sont recevables dans leurs actions tendant à faire fixer la date de la cessation

(1) Voy. Colmar, 19 avril 1860, S., 61, 2, 25, Cass., 28 avril 1861, S., 61, 1, 408; et Orléans, 12 janv. 1869, D., 69, 2, 24.

(2) C. comm., art. 442 et 580. — Il a été jugé par la cour de Bordeaux, le 20 nov. 1866, D., 68, 2, 20, que le délai d'opposition aux jugements déclaratifs de faillite, fixé à un mois à partir de leur insertion dans les journaux à ce désignés, court à compter de la date placée en tête du numéro du journal dans lequel a eu lieu l'insertion; bien que ce journal ait paru la veille de sa date, et que la date qui y est donnée aux annonces soit, non celle du journal, mais la date de la veille. — Il s'agissait dans cette espèce de la publication faite d'un jugement déclaratif de faillite insérée aux annonces d'un journal portant la date du 17 et qui, selon l'habitude de certains journaux, avait paru la veille de la date, c'est-à-dire le 16. Les annonces portaient également la date du 16, jour où le journal avait réellement paru. En jugeant que les délais impartis par l'art. 580, C. com., courraient du 17 et non du 16, l'arrêt précité a fait une exacte application de cet article qui porte que les délais courent à partir du jour où les formalités de l'affiche et de l'insertion auront été accomplies. Or la date du journal où l'insertion a eu lieu peut seule fixer le jour de cette insertion, les publications à une autre date n'ayant rien de certain et de régulier.

(3) C. comm., art. 581.

de paiements à une époque autre que celle résultant du jug[ement] déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, jusqu['à] l'expiration du délai par l'affirmation et la vérification d[es] créances, encore que le délai d'un mois à partir de l'affiche [et] de l'insertion du jugement s[oit] expiré. En d'autres termes po[ur] les créanciers le délai est variable, tandis que pour le fail[li] et les intéressés autres que les créanciers il est toujours d'u[n] mois. C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 58[0] et 581 du Code de commerce (1).

1159. Cependant l'application de cet article 581 n'est pa[s] sans difficulté. De quel délai entend-il parler lorsqu'il dit qu'au[cune] demande des créanciers tendante à faire fixer la date d[e] la cessation de payements à une époque autre que celle qu[i] résulterait du jugement déclaratif de la faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration des délais pour l'affirmation ou la vérification des créances? C'es[t] ce qu'il n'exprime pas ; et cependant ces délais sont de plusieurs sortes. Il y a d'abord le délai de vingt jours donné aux créanciers domiciliés dans le lieu ou siége le tribunal saisi de l'instruction de la faillite; il y a ensuite le délai de vingt jours avec augmentation d'un jour par cinq myriamètres de distance pour les créanciers domiciliés en France, hors du lieu où siége ce tribunal ; il y a encore ce même délai de vingt jours augmenté conformément à l'article 73 du Code de procédure pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France (2); il y a enfin le délai, en quelque sorte indéfini, donné aux retardataires, que l'article 503 autorise à se présenter, tant qu'il y a encore des deniers à répartir. Voilà donc quatre délais différents, entre lesquels l'article 581 ne se prononce pas.

On peut même encore se demander si le droit de faire changer la date de cessation de payements n'expire pas pour

(1) Caen, 26 juin 1843, S., 44, 2, 409; D. 44, 1, 157; et 12 juill. 1844, S., 45, 2, 130; Orléans, 6 mars 1850, S., 50, 2, 642 ; Caen, 30 janvier 1864, S., 64, 2, 269; Lainné, *Des faillites*, p. 345; M. Alauzet, t. IV, n. 1920. V. Cependant, M. Renouard, t. II, p. 391, et M. Bédarride, t. II, n. 1184.

(2) C. comm., 492.

chaque créancier aussitôt que les délais de vérification et d'affirmation sont expirés à son égard. Mais ce dernier système est repoussé par un arrêt de la cour de Limoges, du 9 décembre 1840 (1), qui juge avec raison que le droit de faire changer l'époque de la cessation de payements ou de l'ouverture de la faillite ne cesse qu'après la clôture définitive du procès-verbal de vérification des créances, et non après chaque vérification individuelle. Il est également repoussé par un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1842 (2), qui décide nettement que le droit d'un seul à demander ce changement conserve le droit de tous. Cette solution est logique, car on ne comprendrait pas que les créanciers non vérifiés ou négligents pussent se pourvoir pour faire changer l'ouverture de la faillite, et que ce droit fût refusé aux créanciers vérifiés et diligents.

Mais peut-on admettre, avec ce dernier arrêt, que le droit de demander le changement de l'ouverture de la faillite existe tant qu'il y a encore des créances à vérifier, de telle sorte que les créanciers aient, pour demander ce changement, le délai indéfini de l'article 503? Est-il vrai que les créanciers qui ne se sont pas présentés dans le délai spécial qui leur était imparti, soient encore recevables, en se présentant plus tard, à tout remettre en question? C'est ce dont il est permis de douter, surtout si l'on remarque que l'article 503, tout en les autorisant à se présenter, protége les faits accomplis contre les effets de leur tardive arrivée, en leur défendant de prendre part aux répartitions antérieures. Je ne pense pas que l'article 581, qui a voulu resserrer dans des limites certaines la faculté de demander le changement de l'ouverture de la faillite, ait entendu autoriser des demandes en fixation nouvelle, après l'expiration des délais ordinaires de la vérification et de l'affirmation ; c'est-à-dire après l'expiration du délai de vingt jours augmenté, en raison des distances, pour les créanciers domiciliés en France. Je crois qu'après l'expiration des délais, la demande n'est plus recevable, bien que les délais de deux

(1) S., 42, 2, 180.
(2) *Ibid.*, 42. 1. 267.

mois, quatre mois, six mois et un an, impartis aux créanciers domiciliés hors de France, ne soient pas encore expirés. L'article 502 permet de passer outre à la formation du concordat, après l'expiration des délais déterminés à l'égard des créanciers domiciliés en France. J'ai donc peine à comprendre comment, après le concordat, on pourrait admettre une demande en fixation nouvelle de l'époque de la cessation de payements qui aurait pour effet possible d'en changer toutes les bases. Le silence de l'art. 581, sur le délai précis duquel il entend parler, n'en est pas moins fort regrettable, et est de nature à produire une fâcheuse hésitation dans la doctrine et la jurisprudence (1).

1160. Il est même à remarquer que les opérations de vérification et d'affirmation des créances doivent être réputées terminées dans le sens de l'article 581 du Code de commerce par la clôture du procès-verbal du juge-commissaire, sauf le délai d'affirmation, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des contestations qui, s'étant élevées dans le cours de ces opérations, ont été renvoyées à l'audience et ne sont pas encore jugées au moment de la clôture du procès-verbal. La contestation pendante n'empêche pas les opérations de vérification d'être clôturées et terminées, et, par conséquent, ne suspend pas l'effet attaché à cette terminaison par l'article 581 du Code de commerce (2).

1160 *bis*. Mais d'un autre côté le changement de l'ouverture de la faillite ne cesse de pouvoir être demandé par les créanciers qu'à l'expiration du délai de huitaine à partir de la vérification des créances, accordé par la loi pour l'affirmation de ces mêmes créances, encore bien que de fait l'affirmation ait eu lieu lors de la clôture de la vérification, et qu'ainsi les créanciers n'aient pas usé de ce délai de huitaine. Le délai accordé aux créanciers pour agir est indépendant de l'usage qu'ils ont fait de celui qui leur était donné pour l'affirmation de leurs créances (3).

(1) M. Renouard, t. II, p. 390 ; M. Bédarride, t. II, n. 1189 ; M. Alauzet, t. IV, n. 1621.

(2) Cass., 21 déc. 1858, S., 59, 1, 469.

(3) *Ibid.*, 8 mai 1860, S., 60, 1, 496.

1160 *ter*. — Du reste il va sans dire que le changement de l'ouverture de la faillite ou de la date de la cessation de paiements, peut être prononcée même après la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation des créances, quand la demande en a été formée en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai pour l'affirmation et la vérification (1).

1161. Il est à remarquer encore que les syndics représentant la masse des créanciers ne peuvent avoir plus de droits que les créanciers eux-mêmes, et qu'ils doivent par conséquent exercer leurs recours dans le délai imparti aux créanciers par l'art. 581. Il eût été fort inutile de prononcer une déchéance contre l'action des créanciers pris individuellement, si cette déchéance n'eût pu être opposée à l'action collective de ceux qui les représentent (2).

1162. Les créanciers qui ont un droit particulier à exercer, par exemple ceux qui ont obtenu le jugement déclaratif de faillite, ne sont pas représentés par les syndics sur l'opposition formée par le failli à ce jugement, et dès lors, s'ils n'ont pas été mis en cause, ils ont qualité pour intervenir sur cette opposition et défendre le jugement qu'ils ont obtenu (3).

1163. Il ne suffit pas néanmoins, si l'opposition est formée par le failli ou autres intéressés, de mettre en cause les créanciers qui ont fait prononcer la déclaration de faillite : il faut de plus mettre en cause les syndics qui représentent la masse et contre lesquels doivent être dirigées les actions qui touchent à la généralité des intérêts connus et inconnus (4).

1164. Le jugement qui déclare la faillite ou qui fixe l'époque de la cessation de payements peut être en outre frappé d'appel dans les quinze jours de sa signification (5), par les personnes qui y ont été parties (6). J'avais pensé, au con-

(1) Cass., 12 janv. 1861, S., 62, 1, 85.
(2) Même arrêt.
(3) Cass., 15 mai 1854, S., 54, 2, 382.
(4) Metz, 6 déc. 1849, S., 50, 2,390; M. Renouard, t. II, p. 387 ; M. Alauzet, t. II, n. 1916. V. en sens contraire, Agen, 6 déc. 1851, S., 52, 2, 31.
(5) Orléans, 16 déc. 1868, D., 69, 2, 22.
(6) M. Renouard, t. II, p. 377 ; Bravard, t. V, p. 660; Bordeaux, 8 fév. 1856, D., 56, 2, 207; Orléans, mai 1864, S., 642, 113, et 16 déc. 1868, D., 69, 2, 22.

traire (1), que ce jugement, susceptible d'opposition, ne peut être en même temps susceptible d'appel de la part de ceux qui n'y ont pas été parties, sauf à conserver le droit d'appel du jugement rendu sur l'opposition aux personnes qui ont été parties à ce dernier jugement (2). Mais je crois devoir abandonner cette opinion : celui qui a la voie de l'opposition peut toujours y renoncer pour prendre la voie de l'appel (3).

1165. Dans tous les cas, les articles 580 et 581, en ouvrant à tous les intéressés, parties ou non parties au jugement déclaratif de faillite, la voie de l'opposition contre ce jugement dans des délais déterminés avec rigueur, sont exclusifs du droit de tierce opposition dont l'exercice dans un délai entièrement indéterminé viendrait remettre en question ce qui dans l'intérêt de tous doit être définitivement jugé (4).

1165 *bis*. Il est à remarquer d'ailleurs que la disposition de l'art. 581 portant qu'aucune demande des créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation de payements à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration du délai pour la vérification et l'affirmation des créances, s'oppose à ce que le tribunal change d'office la fixation de cette date qui se trouve irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers, et relève ainsi ces derniers de la déchéance qu'ils ont encourue (5).

1165 *ter*. Rien ne s'oppose au surplus à ce que le failli puisse acquiescer expressément ou tacitement au jugement qui le met en faillite. Sans doute la faillite intéresse l'ordre public; mais le failli qui est tenu dans les trois jours de sa cessation de payements d'en faire la déclaration au greffe, peut à plus forte raison et lors même qu'il n'aurait fait aucune déclaration, quand sa faillite est déclarée, acquiescer à un jugement qu'il

(1) C. comm., 582.

(2) V. *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Faillite*, n. 35 et suiv.

(3) V. Lyon, 11 juill. 1865, S., 65, 2, 327.

(4) Paris, 17 mars 1858, S., 58, 2, 567; M. Renouard, t. II, p. 384; M. Bédarride, t. II, n. 1185; M. Alauzet, t. II, n. 1915. — V. en sens contraire Pardessus, n. 1113.

(5) Aix, 2 déc. 1863, S., 64, 2, 198.

était de son devoir de provoquer. Dans ce cas son acquiescement tacite résulte, le jugement déclaratif de faillite étant exécutoire par provision, des actes d'exécution par lui faits ou subis et auxquels il n'aurait pu être contraint (1).

1166. On comprend l'intérêt qui s'attache à la fixation de l'époque de la cessation de payements, ou de l'ouverture de la faillite, puisque divers effets sont produits, comme nous le verrons bientôt (2), à partir de ces deux époques.

Cependant c'est une question fort grave que de savoir si l'état de faillite et les effets qui en sont la conséquence, peuvent exister indépendamment de tout jugement déclaratif; en d'autres termes, si l'état de faillite est de *fait* plutôt que de *droit;* c'est-à-dire si la faillite existe par le fait seul de la cessation de payements, ou si, au contraire, elle ne peut être qu'un fait judiciaire qui ne produit d'effets légaux qu'autant qu'il est intervenu un jugement qui en déclare l'existence.

Dans mon opinion, la faillite est un fait, en ce sens que le fait de la cessation de payements qui en est le caractère constitutif, peut être antérieur au jugement qui la déclare, de telle sorte que certains effets de la faillite déclarée peuvent rétroagir jusqu'au jour auquel le jugement déclaratif en fait remonter le principe par la fixation légale du jour de la cessation de payements; mais elle est de droit, en ce que les effets légaux attachés à l'état de faillite ne peuvent être produits que lorsque le fait de la cessation de payements a été judiciairement constaté par le magistrat compétent. Je sais que cette opinion rencontre beaucoup de contradicteurs, et qu'un grand nombre d'auteurs et une jurisprudence presque unanime voient dans la faillite un fait qui produit des effets légaux, indépendamment de toute constatation judiciaire; mais elle est, chez moi, le résultat de réflexions longues et approfondies; le temps n'a fait que la confirmer; et si je n'espère pas faire passer ma conviction dans l'esprit de mes lecteurs, il s'agit d'une question assez grave, soit par elle-même, soit par ses conséquences, pour que j'essaye de justifier une

(1) Cass., 25 août 1868, S., 69, 1, 120; D., 68, 1, 113.
(2) Voy. *inf.*, sect. II, §§ 1 et 2.

proposition que je ne suis pas, d'ailleurs, seul à soutenir, et qui est défendue par des autorités dont le poids remplace le nombre.

L'incertitude et les hésitations ont longtemps existé sur ce point et on en retrouve la trace quand on remonte jusqu'aux origines du droit commercial. L'ancien droit italien, qui si souvent nous sert de guide et de point de départ, n'offre sur cette question que des doutes et des obscurités qui peut-être s'expliquent par la diversité des statuts et des coutumes.

C'est ainsi qu'Ansaldus, après avoir décrit les caractères souvent fugitifs et variables auxquels on peut reconnaître la cessation de payements, et signalé l'incertitude qui en résulterait sur l'état des commerçants si l'on se bornait à consulter la notoriété, *Vanum rumorem et talem qualem deficientiam crediti... quæ præbet tam frequentem ansam huic disputationi*, ajoute que tout le monde sait que la faillite n'existe légalement que lorsqu'elle a été déclarée par le juge : *Cùm nemo non sciat quod eadem decoctio tanquam fundamentum exceptionis vel per formalem cessionem bonorum*, VEL PER SENTENTIAM JUDICIS DECLARATA ET COMPROBATA DEBEAT REMANERE (1). Et Ansaldus invoque, sur ce point, l'opinion conforme d'une foule d'autorités, *quemadmodum uno ore tradiderunt.*

Tel paraissait être, d'après Straccha, l'usage de Florence : *Constitutione curiæ mercatorum Florentiæ cavetur, si debitor infrà certum diem creditoribus non solverit, vel non satisfecerit*, PRONUNTIETUR *cessans* (2).

Telle était aussi la disposition de l'ancien statut de Gênes (3), sous l'empire duquel la faillite devait être déclarée par le tribunal, sur l'aveu du débiteur ou sur la demande d'un de ses créanciers, produisant trois témoins attestant qu'il s'était caché ou absenté, laissant en souffrance plus de mille livres de dettes.

Cependant d'autres auteurs italiens, à la tête desquels il faut placer Casaregis et Scaccia, enseignent au contraire que la

(1) *Disc.* 4, n. 6.
(2) Straccha, *De decoct.*, part. IV, n. 8.
(3) *De ruptis.* — M. E. Vincens, *Législ. comm*, t. I, p. 386.

faillite existe indépendamment de toute déclaration judiciaire. *Ut aliquis pro decocto habeatur,* dit Casaregis, *non indiget judicis declaratione, sed deducitur et probatur ex quibusdam firmissimis argumentis, putà ex propriâ confessione decocti quòd nempè satisfacere ipse non potest creditoribus; ex colicitatione aliisque à doctoribus consideratis* (1). Et au rapport de Scaccia, les statuts de Rome, *statuta Urbis* (2), faisaient résulter l'état de faillite de la notoriété publique, sans exiger aucune formalité judiciaire : *Ad probandum quod communiter haberetur pro decocto mandant sufficere publicam famam et communem opinionem* (3).

C'est à ce dernier système que paraît s'être arrêté notre ancien droit français.

Comme on l'a très-bien fait remarquer, notre législation s'est dans l'origine beaucoup plus préoccupée des peines à prononcer contre les débiteurs de mauvaise foi, que des précautions de droit civil à prendre pour diminuer la perte des créanciers, et conserver, administrer et liquider les biens qui sont leur gage (4). Il suit de là que dans son empressement à réprimer les délits, les banqueroutes et les faillites faites en fraude, elle ne s'est nullement occupée de déterminer les caractères constitutifs et les conditions légales de la faillite considérée comme fait civil (5); et quand ensuite on pensa à régler les conséquences civiles de la faillite, on y vit, par habitude, un fait qui portait sa preuve avec lui-même (6); de telle sorte que l'ordonnance de 1673 se borna à disposer, par l'article 1er du titre des *Faillites et banqueroutes,* « que la faillite ou banqueroute serait réputée ouverte du jour que le débiteur se serait retiré, ou que le scellé aurait été apposé sur ses biens : » système qui excluait la nécessité d'un jugement

(1) *Disc.* 75, n. 12 et 13.

(2) *Lib.* I, cap. CXIV.

(3) *De comm. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 445.

(4) M. Renouard, *Des faillites.*

(5) Voy. les ordonnances du 10 octobre 1536, de 1560, de 1579; l'édit de 1609; l'ordonnance du 15 janvier 1629, art. 153.

(6) Voy. le règlement de Lyon du 2 juin 1667, homologué par arrêt du Conseil du 7 juillet suivant, et l'édit de juillet 1669.

déclaratif, et dans lequel persévéra, en l'empirant, une déclaration du roi du 28 novembre 1702, qui fit remonter l'ouverture de la faillite au jour où elle avait été publiquement connue. Aussi que de difficultés sous l'ancien droit pour déterminer le *fait* de l'ouverture d'une faillite, alors qu'on ne pouvait se rattacher qu'à des actes personnels au débiteur, ou à des actes extrajudiciaires incapables de déterminer par eux-mêmes l'époque certaine de la cessation de payements, ou bien encore quand on ne pouvait invoquer qu'une prétendue notoriété publique dont il était presque impossible de fixer le point de départ (1)!

Ces vices de la législation antérieure furent sentis par les rédacteurs du projet du Code de commerce de 1808, qui cherchèrent un moyen plus sûr de faire reconnaître l'état de faillite et d'en fixer l'ouverture (2). En conséquence, après avoir imposé au commerçant qui cessait ou suspendait ses payements l'obligation d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce dans les trois jours, ils voulurent que l'ouverture de la faillite fût fixée par la date de cette déclaration, ou, à défaut de déclaration, par la date du premier protêt faute de payements, et, à défaut de protêt, par la date du premier acte qui constatait le refus de payer (3).

Mais ce moyen n'était pas heureux : c'était sortir du vague de l'ordonnance et de la déclaration de 1702, pour se renfermer dans les limites étroites de faits qui pouvaient ne pas être les indices certains de la faillite, et qui d'ailleurs n'en étaient pas les seuls indices (4) ; et, d'un autre côté, c'était laisser la faculté au débiteur de fixer une date mensongère pour l'ouverture de la faillite, au moyen d'une déclaration qu'il pouvait retarder de plusieurs jours.

Ces inconvénients furent signalés par les tribunaux de com-

(1) Voy. Nicodème, *Exercices des comm.*, p. 575.

(2) Voy. l'*Analyse raisonnée des observations des tribunaux de commerce sur le projet du code*, p. 161.

(3) Art. 435 et 353 du premier projet.

(4) « Entend-on parler, demandait le tribunal de commerce d'Autun, du premier protêt depuis lequel le failli n'a rien payé, ou du premier protêt indistinctement ? » *Analyse*, *ibid.*

merce et les cours d'appel ; et dans l'embarras où se trouvaient les rédacteurs du projet pour trouver des faits tellement caractéristiques de l'état de faillite, qu'ils fissent preuve par eux-mêmes et de la cessation de payements et de l'époque précise à laquelle elle avait eu lieu (1), ils ne trouvèrent rien de mieux à faire qu'à se rejeter dans la vague dont un sentiment vrai mais mal défini des nécessités juridiques, les avait portés à sortir ; et ils énumérèrent une suite de faits qui, réunis ou séparés, et contrôlés les uns par les autres, fixaient la date de l'ouverture de la faillite. « L'ouverture de la faillite, disaient-ils, est fixée par la déclaration du débiteur ; elle est fixée par la retraite du débiteur ou la clôture de ses magasins; elle est fixée par la date du premier protêt faute de payements de billets souscrits par le débiteur, ou de lettres de change par lui acceptées, ou par la date de tous actes constatant le refus de payer, s'ils sont suivis d'une cessation absolue de payements (2). »

Tout cela, comme on voit, ne remédiait à rien. Cependant il y avait un moyen bien simple de garantir tous les intérêts, ceux du débiteur comme ceux des créanciers, et de faire qu'un commerçant n'échappât jamais aux conséquences d'une cessation de payements réelle et constatée. Ce moyen avait été indiqué par deux tribunaux de commerce, ceux de Gand et de Montdidier (3); c'était de remettre aux tribunaux de commerce le soin de reconnaître et de constater la cessation de payements, et de déclarer la faillite qui en est la conséquence.

Au Conseil d'État, on reconnut l'efficacité de ce moyen fortement soutenu par M. Jaubert (4); on comprit que l'honneur et l'état des citoyens ne devaient dépendre que des décisions de la justice rendues après un mûr examen (5); on invoqua l'exemple de l'Angleterre, où toute faillite doit être déclarée et reconnue par l'autorité publique représentée par les commissaires nommés par le chancelier, sur la requête des créan-

(1) V. l'*Analyse*, p. 163.
(2) Art. 353 du second projet.
(3) *Observat. des trib.*, t. II, p. 387, et t III, p. 91.
(4) Locré, sur l'art. 441.
(5) *Ibid.*

ciers (1); et de cette discussion sortit l'article 441 du Code de commerce de 1808, aux termes duquel l'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce qui en fixe l'époque.

N'est-il pas évident dès lors que, dans le texte comme dans l'esprit de la loi, on ne peut comprendre une faillite dans le sens juridique de ce mot, sans jugement déclaratif, puisque autrement le législateur s'en fût tenu aux signes extérieurs et à la notoriété publique dont se contentaient l'ordonnance de 1673 et la déclaration de 1702, et qu'il est manifeste qu'en substituant l'appréciation éclairée et indépendante des tribunaux à l'appréciation individuelle ou intéressée des parties, il n'a pu vouloir que l'intervention de l'autorité judiciaire fût purement facultative, et qu'on fût autorisé à voir une faillite là où cette intervention n'en avait pas régulièrement constaté l'existence?

En est-il autrement sous la loi nouvelle du 22 mai 1838, dont les dispositions ont remplacé, changé ou modifié celles du Code de commerce de 1808? Je ne saurais le croire; car cette loi, loin d'avoir changé l'esprit du Code de 1808, en ce qui touche la déclaration de la faillite, y a au contraire persévéré en le rendant encore plus évident par l'augmentation de pouvoir qu'elle a donnée aux tribunaux de commerce. La loi ne décrit plus aujourd'hui les symptômes de la faillite, elle se borne à en indiquer le caractère essentiel, la cessation de payements; et elle remet aux tribunaux le soin de déclarer la faillite, c'est-à-dire de constater la cessation de payements et de déterminer la date de cette cessation qui, lorsqu'elle est reportée à une époque antérieure, n'est plus, comme sous la loi ancienne, celle de l'ouverture de la faillite, laquelle n'est ouverte qu'à partir du jour du jugement déclaratif (2). Les

(1) Blackstone, liv. II, ch. XXXI; liv. IV, ch. XXXIV; M. Renouard, t. I, p. 208. — L'ancienne législation anglaise a été modifiée dans ses détails, d'abord, par deux lois des 2 mai 1825 et 12 août 1849, ensuite en 1849 par le statut 12 et 13, Vict. c. 106, qui ont maintenu la nécessité d'une déclaration de faillite. V. Westoby, p. 245 et suiv. V. aussi M. Renouard, *ibid.*

(2) Voy. le rapport à la Chambre des députés, *Moniteur* du 22 mars 1838, p. 615, 3e col. *in fine*.

auteurs de la loi nouvelle ont même poussé la précaution à cet égard, jusqu'à s'interdire les expressions qui auraient pu faire supposer que la faillite était susceptible d'une existence légale indépendante de celle qui lui est attribuée par le jugement. Telle est l'expression de *notoriété publique* qu'on a vainement tenté d'y introduire, et que la Chambre des députés a constamment repoussée (1).

Si l'on entre plus avant dans l'économie générale du Code de commerce, on est de plus en plus convaincu qu'il n'y a pas de faillite sans jugement déclaratif, puisque la loi prend toujours pour point de départ des effets de la faillite, non le fait abstrait et incertain de la cessation de payements, mais le jugement déclaratif ou la date du fait légal et judiciairement constaté de la cessation de payements.

Ainsi, c'est le jugement déclaratif de la faillite qui dessaisit le failli de l'administration de ses biens (2); c'est le jugement déclaratif qui rend exigibles ses dettes passives non échues (3); c'est le jugement déclaratif qui arrête le cours de toute créance non garantie ou non privilégiée (4); ce sont les actes faits par le failli, à partir de l'époque fixée par le jugement déclaratif, comme étant celle de la cessation de payements, qui sont nuls ou qui peuvent être annulés comme faits en fraude de ses créanciers (5); c'est le jugement déclaratif qui suspend toutes voies d'exécution sur le mobilier servant à l'exploitation du commerce du failli (6), et qui met obstacle à l'expropriation forcée de ses immeubles (7); c'est le jugement déclaratif qui peut priver le failli de la liberté de sa personne, et ordonner l'apposition des scellés à son domicile (8); qui organise la faillite (9): en un mot, on peut parcourir tous

(1) Voy. le *Moniteur* du 28 mars 1838.
(2) C. com., 443. — V. *inf.*, sect. II, § 1er.
(3) *Ibid.*, 444.
(4) *Ibid.*, 445.
(5) *Ibid.*, 446, 447, 448, et 449. Voy. *inf.*, sect. II, § 2.
(6) *Ibid.*, 450.
(7) *Ibid.*, 571 et suiv.
(8) *Ibid.*, 455 et suiv.
(9) *Ibid.*, 451 et suiv., 462 et suiv.

les articles du Code relatifs aux faillites, et on n'en trouvera pas un seul dont les dispositions se réfèrent à une faillite abstraite et non régulièrement déclarée. Tous supposent qu'il y a eu déclaration de faillite, telle que le veut l'article 441, et aucun ne permet de penser que les effets attachés à la faillite déclarée, ou les règles qui lui sont propres puissent trouver leur place dans une faillite non déclarée, qui peut bien exister en germe, mais à laquelle aucun jugement déclaratif n'a donné une existence légale et une consistance judiciaire.

Néanmoins, je l'ai déjà avoué, beaucoup d'auteurs se prononcent formellement en faveur de l'opinion contraire, et la jurisprudence est entrée dans la même voie. Mais, parmi ces auteurs, il ne faut pas comprendre ceux qui, comme M. Pardessus, énoncent généralement que « c'est la cessation de payements qui constitue la faillite, et non la déclaration du tribunal (1); » sorte d'aphorisme qui est à la fois vrai et faux : vrai, en ce sens que le jugement déclaratif ne fait que reconnaître et constater une cessation de payements antérieure; faux, en ce sens que c'est le jugement déclaratif seul qui fait passer la cessation de payements à l'état légal et lui attribue les effets de la faillite. Il n'y faut pas comprendre non plus ceux qui, comme M. Troplong, semblent plus explicites, mais qui au fond ne sont pas plus précis sur la question à l'une des faces de laquelle ils touchent en passant sans s'arrêter à l'examiner dans son ensemble. Ainsi, M. Troplong ayant à résoudre une question de validité d'hypothèque antérieure à un jugement déclaratif de faillite, mais postérieure au jour auquel ce jugement en faisait remonter l'ouverture, émet cette opinion, trop absolue peut-être dans son expression, mais vraie au fond, que « l'ouverture de la faillite n'est autre chose que le moment où les payements s'arrêtent. La faillite, dit-il, commence; elle *s'ouvre* quand ils viennent à cesser. Peu importe qu'elle ne soit pas encore *déclarée* officiellement : elle n'en existe pas moins de fait; car, encore une fois, c'est la cessation de payements qui donne ouverture à la fail-

(1) *Droit comm.*, n. 1103.

lite, et non la déclaration du tribunal. Il y a donc, ajoute-t-il encore, une grande différence entre la déclaration de l'ouverture de la faillite et l'ouverture elle-même de la faillite. Celle-ci est le fait de la perte du crédit, celle-là est la promulgation de ce fait. La faillite peut être réelle sans être déclarée. Elle peut, par conséquent, précéder de beaucoup l'annonce officielle de son existence (1). »

Tout cela est vrai, je le répète, en ce sens que le jugement, en déclarant la faillite ouverte, et en fixant l'époque de la cessation de payements, a un effet rétroactif à cette époque ; mais cela n'est pas vrai, en ce sens que l'ouverture de la faillite puisse avoir lieu à une époque quelconque sans jugement déclaratif. Et comme M. Troplong raisonnait sur une espèce dans laquelle il y avait eu un jugement déclaratif, on ne serait certainement pas fondé à conclure de ses paroles que dans son opinion il peut y avoir une faillite avec les effets légaux que la loi attache à cet état exceptionnel, sans déclaration judiciaire.

J'arrive maintenant aux autorités plus précises et plus directes.

M. Renouard, dans son remarquable *Traité sur les faillites*, dit qu'on peut considérer la faillite sous deux points de vue : ou comme l'état du commerçant qui a cessé ses payements, ou comme l'état du commerçant qui a été judiciairement déclaré failli; qu'entre ces deux acceptions, la coutume commerciale a longtemps avant notre Code opté pour la première ; et que, s'attachant au fond des choses plutôt qu'à leur forme extrinsèque, elle a fait consister la faillite dans la cessation de payements ; que cette solution est conforme à l'esprit général qui domine dans notre droit français, dont la tendance à préférer une législation d'équité à une législation de formules est un des caractères éminents et distinctifs.

« La faillite, ajoute-t-il, est donc un fait qui existe par lui-même, un fait que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas. » Et il semble voir une preuve de la justesse de ces aperçus dans l'effet rétroactif du jugement déclaratif, effet ré-

(1) *Des priv. et hypoth.*, t. III, n. 656.

troactif qui, selon lui, ne pourrait être produit, si le jugement était constitutif de l'état de faillite (1).

L'auteur plus récent d'un autre Traité sur les faillites, M. Esnault, adopte la même opinion, qu'il fait reposer non-seulement sur l'esprit de la loi, mais encore sur le texte même de l'article 437 du Code de commerce, aux termes duquel « tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite (2). »

Et d'abord c'est séparer deux choses que la loi ne sépare jamais que de dire avec M. Renouard que la faillite peut être considérée sous deux points de vue : ou comme l'état du commerçant qui a cessé ses payements, ou comme l'état du commerçant qui a été judiciairement déclaré failli. Nulle part la loi n'admet ces deux manières d'être parallèles qui constitueraient deux sortes de faillites, une faillite de fait qui produirait certains effets indéterminés, et une faillite de droit qui produirait les effets déterminés par la loi.

Ensuite et quant à l'esprit de la législation, je crois que les détails dans lesquels je suis entré sur les phases diverses par lesquelles a passé notre législation pour arriver à ce qu'elle est aujourd'hui, établissent qu'elle a surtout pour but de ne pas laisser à l'arbitraire la fixation de l'ouverture des faillites; et c'est pour cela qu'elle a introduit la formalité toute nouvelle de la déclaration par le tribunal de commerce; formalité qui n'a rien de facultatif, mais que l'économie tout entière de la loi démontre être de rigueur.

Et si, d'un autre côté, l'on veut prendre la peine de se rappeler la distinction que j'ai faite au commencement de cette discussion, on reconnaîtra qu'il n'y a rien à conclure contre l'opinion que je défends, ni de l'effet rétroactif du jugement déclaratif, ni de l'article 437 du Code de commerce. Oui, sans doute, la faillite est un fait; oui, sans doute le caractère cons-

(1) T. I, p. 228 et suiv.

(2) T. I, n. 80 et 90. — C'est également en ce sens que se prononce M. Alauzet dans son *Commentaire sur le Code de commerce*, tout en reconnaissant que l'opinion qu'il adopte peut présenter des inconvénients réels. T. IV, n. 1943. V. aussi M. Dalloz, v° *Faillite*, n. 119.

titutif de ce fait est la cessation de payements. Mais, ce fait peut-il produire des effets légaux; mais la cessation de payements peut-elle être considérée comme une vérité légale quand le jugement déclaratif n'en a pas constaté l'existence et fixé l'époque? Voilà la question qui n'est résolue, dans le sens de la faillite de fait, ni par l'effet rétroactif du jugement déclaratif, ni par l'article 437. L'article 437 indique le caractère constitutif et essentiel de la faillite; mais l'article 440 veut, pour qu'il y ait faillite dans l'acception légale et juridique de ce mot, que la cessation de payements soit reconnue, constatée et déterminée, et en elle-même et quant à sa date, par le tribunal de commerce. C'est là ce qu'il ne faut pas perdre de vue, et c'est là ce qui résout la question dans le sens de la faillite de droit. L'effet rétroactif n'est lui-même qu'une conséquence du jugement déclaratif; et s'il prouve que les effets de la faillite peuvent être reportés à une date antérieure au jugement, il prouve encore mieux la nécessité de ce jugement, puisque, s'il n'y avait pas de jugement, on ne pourrait assigner aucune date précise à la cessation de payements, et que la faillite, n'ayant pas de point de départ, ne pourrait produire aucun des effets qui supposent la détermination antérieure de cette date. C'est d'ailleurs ce que M. Esnault n'a pu s'empêcher de reconnaître, puisque, tout en posant en principe que la faillite est toujours indépendante du jugement qui la déclare et d'une date plus ancienne que lui, il ajoute « qu'il n'est pas douteux, néanmoins, que les suites extrinsèques à y donner sont une conséquence immédiate de ce jugement, et que, sans lui, elle ne saurait fonctionner, puisque le concours des tribunaux compétents n'est pas venu lui communiquer le mouvement, la vie réelle, et lui conférer une sanction légale. » Si M. Esnault entend par suites extrinsèques de la faillite toutes celles qui se manifestent par des faits juridiques, nous sommes d'accord. Dans le cas contraire, je ne comprendrais pas la distinction qu'il établit entre les suites extrinsèques et les suites intrinsèques, ni quelles sont les suites intrinsèques qui peuvent se produire indépendamment de tout jugement déclaratif antérieur.

Ce qui prouve d'ailleurs d'une manière évidente qu'il n'y a pas de faillite sans jugement déclaratif, ce sont les discussions qui se sont élevées au Conseil d'État lors de la discussion du Code de 1808, et dans les chambres lors de la loi de 1838, sur le point de savoir si un commerçant peut être déclaré en état de faillite après son décès. Si la faillite est un fait, il est bien clair qu'il ne pouvait y avoir aucun doute sur ce point, puisque le jugement déclaratif n'étant plus qu'une simple formalité, le décès d'un commerçant en état de cessation de payements ne pouvait empêcher les créanciers de faire rendre ce jugement; et il n'était vraiment pas besoin d'une disposition pour constater ce droit. S'il y a eu discussion à cet égard, et s'il a été nécessaire de disposer en termes formels que le décès ne fait pas obstacle à la déclaration de faillite, et si, d'après l'article 437 du Code de commerce, la faillite d'un commerçant ne peut être déclarée quand la demande n'en a pas été faite dans l'année de son décès, c'est, sans doute, qu'il ne peut y avoir de faillite sans déclaration (1).

Les auteurs que je combats ont si bien senti la nécessité d'une constatation judiciaire, que, suivant eux, tous tribunaux, même les tribunaux civils, saisis d'une contestation dans laquelle une partie oppose à l'autre sa cessation de payements comme base d'une exception, peuvent reconnaître ce fait, le constater, et en appliquer les conséquences aux litiges dont ils se trouvent saisis.

Quoique ce moyen terme ait en sa faveur l'autorité des arrêts, même des arrêts de la Cour de cassation, je crois fermement qu'il repose sur une fausse appréciation de la nature légale de la faillite, de ses effets et de ses nécessités. Jetons un coup d'œil sur les arrêts dont je viens de parler.

Le premier qui se rencontre dans l'ordre des dates est un arrêt de la cour de Grenoble, du 7 juin 1834. Dans l'espèce de cet arrêt, un ordre était ouvert devant le tribunal civil de Vienne, sur les biens d'un sieur Ferréol, négociant. Un sieur

(1) Voy. dans le sens de la nécessité d'un jugement déclaratif MM. Delamarre et Lepoitvin, t. V, n. 53 et suiv., et MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 66 et suiv.

Pourret réclamait sa collocation en vertu d'une inscription par lui prise le 12 juillet 1832; mais on lui opposait que Ferréol était en faillite depuis le 21 juin précédent, date d'un protêt dressé contre lui, et qu'ainsi nulle hypothèque sur ses biens n'avait pu être valablement acquise. Il n'y avait pas eu de jugement déclaratif de faillite; néanmoins, le tribunal de Vienne, par jugement du 16 août 1833, annula l'hypothèque prétendue par Pourret, « attendu que le jugement qu'il a obtenu contre Ferréol, marchand, et l'inscription dont ce jugement a été suivi, sont de dates postérieures à la faillite dudit Ferréol, laquelle remonte *de plein droit* au 21 juin 1832, jour du premier protêt, à partir duquel il y a eu cessation de payements; d'où il suit qu'il n'a pu résulter de ces actes aucune hypothèque valable au profit dudit Pourret, d'après les dispositions des articles 441 et 443 du Code de commerce, et de l'article 2146 du Code civil. » — Il y eut appel de ce jugement; mais la cour de Grenoble le confirma, « attendu qu'il a été reconnu en fait, dans la cause, que Ferréol était négociant....; que, par suite, les premiers juges ont pu reconnaître, en fait, que ce négociant était en état de faillite lors de l'inscription prise par Pourret sans empiéter pour cela sur la juridiction commerciale... (1). »

La Cour de cassation a adopté ce système. C'était encore à l'occasion d'un ordre ouvert sur les biens d'un commerçant, le sieur Tardy, dont la femme prétendait se faire colloquer en vertu de son hypothèque légale, et à laquelle les créanciers opposaient que, son mari étant en état de faillite notoire, elle n'avait pas d'hypothèque, parce qu'il s'agissait de biens acquis depuis le mariage. Un arrêt de la cour de Grenoble accueillit ce système; et le pourvoi auquel il donna lieu fut rejeté par la Cour de cassation, le 8 juin 1837, « attendu qu'il a été constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que le mari de la demanderesse était négociant; qu'il avait cessé ses payements; que cette cessation de payements fut reconnue par le demandeur lui-même et constatée dans l'acte d'abandon fait par lui de tous ses biens à ses créanciers; qu'en présence de ces faits

(1) S., 34, 2, 438.

l'arrêt n'a pu contrevenir aux articles invoqués en décidant que le débiteur était en état de faillite...(1). »

Le 7 mars 1836, la Cour de cassation avait rendu un arrêt semblable dans des circonstances analogues : « attendu, porte cet arrêt, que l'arrêt attaqué a constaté que Dejoux était commerçant lors de son mariage; qu'il avait acquis depuis cette époque l'immeuble dont le prix était à distribuer; qu'il a également déclaré que Dejoux avait cessé ses payements et qu'il était en état d'insolvabilité notoire, résultant tant d'un jugement de séparation de biens obtenu par sa femme, que d'un règlement d'ordre dans lequel tous ses créanciers n'avaient pu être colloqués utilement; qu'il suit nécessairement de tous ces faits qu'il était en état de faillite....(2). »

Enfin un autre arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1838, rendu dans des circonstances presque identiques, développe, en y persistant, le système indiqué par les arrêts qui précèdent. En voici le texte : « Attendu que le jugement déclaratif de la faillite, rendu en exécution de l'article 441 du Code de commerce, ne crée pas l'état de faillite, mais ne fait que le proclamer comme nécessairement préexistant; que c'est le législateur lui-même qui a pris soin de déclarer ce qui constitue cet état, en statuant par l'article 437 du même code que « tout commerçant qui cesse ses payements est en état de « faillite ;» que s'il est vrai que la juridiction spéciale des tribunaux de commerce soit seule compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque, il est également certain que, soit que cette formalité ait été ou non remplie, il appartient aux tribunaux civils qui sont investis de la plénitude de la juridiction, de reconnaître, en jugeant les procès qui leur sont soumis, si le fait signalé par la loi comme caractéristique de l'état de faillite du commerçant (c'est-à-dire la cessation de payements) a ou n'a pas existé, et d'en appliquer les effets légaux aux contestations qui s'agitent devant eux; que la cessation de payements est tellement aux yeux de la loi le signe caractéristique de la faillite, que, suivant le même arti-

(1) S., 37, 1, 920.
(2) *Ibid.*, p. 923.

cle 441, la retraite du débiteur, la clôture de ses magasins et même le refus d'acquitter des engagements de commerce, ne peuvent constater l'ouverture de la faillite qu'autant que ces faits concourent avec la cessation de payements, ou avec la déclaration du failli; que cette disposition de l'article 441, et particulièrement la dernière expression suffisent, en les rapprochant de l'article 437, pour démontrer que la loi considère le commerçant comme failli, et le qualifie tel, par cela seul qu'il a cessé ses payements, et avant toute déclaration, émanée, soit de lui-même, soit du tribunal de commerce. »

Depuis, un grand nombre d'arrêts sont entrés dans cette voie qu'ils ont même élargie en consacrant de plus en plus le droit des tribunaux civils saisis d'une contestation dans laquelle l'état de faillite peut jouer un rôle, de déclarer incidemment la faillite pour en appliquer les conséquences au fait litigieux (1).

J'ai cru devoir rapporter le texte de quelques-uns des arrêts, si contraires à ce qui me paraît être le vrai, pour mettre le lecteur à portée d'apprécier à l'instant même les arguments sur lesquels ils reposent. Ces arguments sont de deux sortes : les uns se rapportent au fond même de la question; les autres se rapportent à la faculté qu'on attribue à tout tribunal devant lequel une cessation de payements est alléguée d'en vérifier le fait, de faire une sorte de déclaration de faillite, et d'appliquer au litige qui lui est soumis les conséquences de ce fait reconnu et constaté.

Il me semble que tous les développements dans lesquels je suis entré sur le sens et l'esprit des dispositions qui régissent la constitution et la déclaration de l'état de faillite, répondent aux premiers de ces arguments; et qu'on ne peut, en aucun

(1) Voy. notamment Limoges, 13 août 1840, S., 41, 2, 14; Bordeaux, 6 mai 1848, S., 49, 2, 609; Cass., 6 août 1848, S., 48, 1, 600; Cass., 26 mai 1852; S., 52, 1, 561; Caen, 15 mai 1854, S., 54, 1, 699; Cass., 4 déc. 1854, S., 55, 1, 298; Metz, 20 août 1865, S., 66, 2, 281. Voy. Aussi *inf.*, n. 2068, les arrêts intervenus en manière de traités et d'avantages particuliers concédés par le failli. Cependant la Cour de cassation a fait un pas pour s'éloigner de ce système. Elle a jugé, le 6 juin 1844 (S., 44, 1, 483), que le commerçant qui cesse ses payements n'est dessaisi de l'administration de ses biens que lorsqu'il y a eu jugement déclaratif de faillite.

cas, se fonder, pour considérer la faillite comme constante en fait, bien qu'elle n'eût été reconnue par aucun jugement déclaratif, sur des circonstances particulières quelles qu'elles soient, puisque toutes les circontances de cette nature ont été écartées principalement par la loi nouvelle, qui, en indiquant comme caractère général de la faillite, la cessation de payements, et en attribuant aux tribunaux de commerce chargés de déclarer la faillite, l'appréciation des circonstances constitutives de la cessation de payements, a, par cela même, refusé de voir, dans certains faits particuliers, les caractères nécessaires de la cessation de payements, ou de la faillite. Il faut dans tous les cas une décision judiciaire qui apprécie ces faits, et en fasse sortir la preuve de la cessation de payements dont ils peuvent être les symptômes.

1167. Mais, et j'arrive ici à un autre ordre d'arguments, suffit-il pour cela d'une décision judiciaire rendue par un tribunal civil, incidemment à une contestation dans laquelle un créancier se prévaudrait de l'état de faillite non déclarée de son débiteur? Un tribunal peut-il ainsi faire une sorte de déclaration incidente, à l'occasion et dans l'intérêt d'une contestation particulière? C'est ce qu'il me semble impossible d'admettre.

La difficulté semble ainsi réduite à une question de compétence; mais derrière la question de compétence se cache la question fondamentale de savoir s'il peut y avoir une faillite sans déclaration. C'est ce dont on va se convaincre bientôt.

Abordons d'abord la question de compétence.

En thèse générale, un tribunal civil est-il compétent pour faire une déclaration de faillite? La négative ne peut être douteuse. Les déclarations de faillite, comme la procédure qui les suit et qui a pour objet de régler l'administration de la faillite, sont dans les attributions spéciales et exclusives des tribunaux de commerce. C'est d'ailleurs ce qu'avouent les partisans de l'opinion que je combats; ils reconnaissent que la juridiction spéciale des tribunaux de commerce est seule compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque; mais ils prétendent que, soit que cette formalité ait

ou n'ait pas été remplie, il appartient aux tribunaux civils, qui sont investis de la plénitude de juridiction, de reconnaître, en jugeant les procès qui leur sont soumis, si le fait signalé par la loi comme caractéristique de l'état de faillite a ou n'a pas existé, et d'en appliquer les effets légaux aux contestations qui s'agitent devant eux...(1).

Mais n'y a-t-il pas une contradiction manifeste à reconnaître au tribunal de commerce seul le pouvoir de déclarer une faillite, et à attribuer ensuite au tribunal civil la faculté de considérer comme existante une faillite non déclarée par le tribunal de commerce, ou, ce qui revient au même, de faire, en suppléant au défaut de déclaration, une véritable déclaration de faillite? Qu'est-ce en effet qu'une déclaration de faillite sinon la constatation du fait de la cessation de payements? et que fait de moins le tribunal civil quand il déclare qu'il y a cessation de payements, et qu'il applique les effets et les conséquences de la faillite au litige dont il est saisi? De deux choses l'une: ou il applique les règles de la faillite légale à une faillite non déclarée, et il se met en contravention directe avec la lettre et l'esprit de tous les articles du Code; ou il déclare lui-même la faillite, et alors il transgresse ouvertement les limites de sa compétence.

Les tribunaux civils ont, dit-on, la plénitude de juridiction. Il n'y a point, il ne peut point y avoir, sous l'empire d'une organisation judiciaire, complète et régulière, de tribunaux ayant la plénitude de juridiction. Les tribunaux n'ont et ne peuvent avoir que la juridiction spéciale, déterminée et essentiellement limitée qui leur est déléguée par le pouvoir souverain. Les tribunaux civils ont une juridiction limitée aux affaires civiles, les tribunaux de commerce aux affaires commerciales, les tribunaux administratifs aux affaires administratives; ni les uns ni les autres n'ont la plénitude de juridiction, ou plutôt les uns et les autres ont la plénitude de juridiction dans les matières qui leur sont attribuées, en ce sens que ni les uns ni les autres, maîtres et souverains dans leurs limites, ne peu-

(1) V. l'arrêt précité du 13 novembre 1838; et surtout celui du 6 août 1848. M. Renouard, t. I, p. 229; M. Esnault, t. I, n. 83.

vent empiéter sur leurs attributions réciproques. C'est donc ne rien dire et ne rien prouver que d'argumenter de la plénitude de juridiction des tribunaux civils dans une matière spécialement et exclusivement attribuée aux juges de commerce.

On comprend très-bien la plénitude de juridiction des tribunaux civils en ce sens que ces tribunaux sont juges de toutes les matières qui n'ont pas été spécialement attribuées à un tribunal d'exception; mais quand une matière a été attribuée aux tribunaux de commerce, quand les tribunaux de commerce ont été investis de la connaissance de tout ce qui concerne les faillites et spécialement de la déclaration de faillite, il n'est pas possible de comprendre comment en vertu d'une prétendue plénitude de juridiction, les tribunaux civils pourraient empiéter sur les attributions des tribunaux de commerce.

Je sais bien qu'il y a une autre formule dont on abuse aussi, et qui consiste à dire que le juge de l'action est le juge de l'exception. Cela n'est vrai que dans le cas où le juge de l'action n'est pas absolument incompétent pour connaître de l'exception, et lorsque cette exception ne constitue pas une question préjudicielle spécialement attribuée à d'autres juges. Or, dans le cas actuel, la déclaration de faillite étant spécialement *attribuée* aux tribunaux de commerce, il n'est pas plus permis aux tribunaux civils de s'en emparer par une voie indirecte, qu'il ne serait permis aux tribunaux de commerce de connaître incidemment d'une question spécialement réservée aux tribunaux civils, par exemple d'une question d'État (1).

Donc, sous ce point de vue encore, rien ne peut motiver la compétence même accidentelle des tribunaux civils.

Il est vrai qu'en matière criminelle, une jurisprudence très-constante, et qu'il n'est pas impossible de justifier par des considérations toutes particulières, a posé en principe que le crime de banqueroute simple ou frauduleuse peut être poursuivi sans qu'il soit nécessaire que la faillite ait été préalablement déclarée par jugement, pourvu que de fait le commer-

(1) Cass., 13 juin 1808, S., ?, 1. 542.

çant inculpé ait cessé ses payements (1). En effet, sans approuver tous les motifs sur lesquels se fonde cette jurisprudence, il en est un qui, dans ce cas spécial, peut constituer les tribunaux de répression juges du fait de la cessation de payements, et dispenser de recourir à un jugement déclaratif émané du tribunal de commerce : c'est que la banqueroute, bien qu'elle suppose la faillite, constitue un délit dont la poursuite appartient au ministère public, et que l'action de ce magistrat ne peut être soumise à aucune condition, parce qu'en cette matière comme en toute autre, il peut agir quand il reconnaît les éléments du délit ou du crime; c'est « que l'action publique est essentiellement indépendante de l'action privée, hors les cas où la loi peut avoir expressément ordonné une disposition contraire; que la juridiction des tribunaux de commerce ne peut être saisie que par les parties privées; que si le jugement de ces tribunaux sur le fait de la faillite était au préalable nécessaire à l'exercice de l'action publique sur le fait de la banqueroute, il s'ensuivrait que l'exercice de cette action serait soumis à l'arbitraire des intérêts privés, ce qui serait directement contraire à la loi; que la banqueroute n'est pas une circonstance, une modification du fait de la faillite, qu'elle constitue un fait principal sur lequel le ministère public peut agir, quoique le tribunal de commerce, qui n'est institué que pour les intérêts privés, n'ait pas été saisi de la réclamation des créanciers sur le fait de la faillite (2). »

Mais toutes ces considérations ne peuvent plus être invoquées lorsqu'il ne s'agit que d'intérêts privés qui doivent se protéger eux-mêmes, et auxquels la loi a remis tous les

(1) Voy. Cass., 11 août 1837, S., 37, 1, 1026, 22 et 23 mai 1846, S., 46, 1, 792, 24 juin 1864, S., 64, 1, 373. — V. aussi MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. VII, p. 236. — V. Cependant MM. Delamarre et Lepoit-[illegible]03 et suiv. et M. Demangeat sur Bravard t. V, p. 40. — Mais je [illegible] la même concession en ce qui touche l'application de l'art. 597 [illegible] qui punit de l'emprisonnement et de l'amende, le créancier qui a [illegible] soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes des avantages p[illegible]uliers à raison de son vote dans la délibération de la faillite, ou qui a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. V. sur ce point *inf.*, n. 2068.

(2) C. com., art. 438. V. Cass., 23 août 1853, S., 55, 1, 839.

moyens de se défendre ; ou plutôt ces considérations mêmes peuvent être rétorquées contre le système qui, en matière non criminelle, attribue aux tribunaux civils le pouvoir de reconnaître et de déclarer plus ou moins incidemment l'existence d'une faillite. Car il est bien évident que si, en matière criminelle, le ministère public peut poursuivre la répression d'une banqueroute en l'absence d'une déclaration de faillite, et que si dès lors les tribunaux de répression peuvent reconnaître et constater la cessation de payements et la faillite, parce que le ministère public n'a aucune action pour obtenir cette déclaration des tribunaux de commerce, en matière civile, au contraire, les créanciers auxquels cette action est ouverte, et qui n'en ont pas profité, ne peuvent venir exciper devant les tribunaux civils de l'existence d'une faillite qu'ils n'ont pas fait déclarer par les tribunaux de commerce. Rien ici ne peut les excuser de n'avoir pas provoqué cette déclaration, et rien ne s'oppose à ce qu'ils la provoquent encore s'ils croient y avoir intérêt. On ne comprendrait pas comment, lorsque les plus grandes facilités sont données à cet égard aux parties intéressées, aux débiteurs et aux créanciers, qui peuvent requérir la déclaration de faillite quand le tribunal ne la déclare pas d'office ; on ne comprendrait pas comment et dans quel intérêt ceux qui ne se sont pas servis de la voie naturelle et directe que leur a ouverte si largement le législateur, pourraient prendre une voie détournée et indirecte, dont il nous reste à signaler les dangers.

Ici la question s'élargit. Il ne s'agit plus d'une simple question de compétence ; nous revenons à la difficulté principale, et, après avoir déjà établi qu'il faut de toute nécessité une déclaration de faillite, nous allons établir qu'il faut de toute nécessité une déclaration principale, et que jamais une déclaration incidente ne peut suffire.

La faillite est un état général, indivisible, absolu, qui affecte d'une certaine manière la personne, les droits, les biens du failli, à l'égard de tous et de chacun de ceux qui y sont intéressés. La faillite, considérée comme fait civil, place tous les créanciers sur la même ligne ; et son organisation a pour but principal de garantir leurs droits et d'empêcher les uns de

profiter, au préjudice des autres, de la détresse et des embarras du failli. Dans un naufrage commun, chacun est tenu de supporter sa part du sinistre. De là, toutes les précautions prises par le législateur depuis le moment où la faillite est déclarée, ou depuis la date de la cessation de payements, jusqu'au jour où elle atteint son terme, soit par le concordat passé entre le failli et ses créanciers, soit par le partage qui est fait entre les créanciers des valeurs composant l'actif de leur débiteur. Il ne peut y avoir faillite à l'égard de l'un des créanciers sans qu'il y ait faillite à l'égard des autres; et les effets produits par la faillite à l'égard des uns, sont nécessairement produits à l'égard de tous. C'est par cette raison que le jugement déclaratif de la faillite est soumis à l'opposition de toutes les parties intéressées pendant un certain délai, et qu'après l'expiration de ce délai, le fait et l'époque de la cessation de payements ou de la faillite sont irrévocables à l'égard de tous les créanciers (1); c'est par cette raison que le concordat fait entre le failli et la majorité de ses créanciers est obligatoire à l'égard des autres, même à l'égard de ceux qui n'y ont pas délibéré (2).

Ces effets nécessaires sont la suite naturelle et logique de la faillite telle qu'elle est organisée par le Code de commerce. Dans ce système tout se coordonne; et la déclaration de faillite, par le tribunal de commerce, devient le point de départ d'une succession de faits juridiques qui s'enchaînent, naissent les uns des autres, et se rattachent tous à un fait dominant, qui est l'autorité de la chose jugée par le jugement déclaratif à l'égard de toutes les parties intéressées.

Mais lorsqu'à l'occasion d'un litige dont il est saisi, un tribunal, prenant pour constant le fait d'une faillite non déclarée, applique ce fait à la décision du procès, il en est tout autrement. Ce jugement, qui n'a l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties qui y figurent, ne fait pas qu'il y ait faillite à l'égard des autres intéressés; et il résulte de là que la faillite, qui dans le système du Code ramène tous les créan-

(1) C. com., art. 580 et 581.
(2) *Ibid.*, art. 516.

ciers à une condition semblable et les fait tous passer sous le même niveau, produit ici un effet tout contraire et consacre l'inégalité la plus absolue, puisque, suivant la diversité des jugements, des créanciers pourront être régis par le droit spécial aux faillites, et d'autres par le droit commun; que le débiteur pourra jouir à l'égard des uns de l'intégralité de ses droits, et en être privé à l'égard des autres : résultat inévitable qui jette le désordre dans une matière où tous les efforts du législateur ont tendu à introduire l'ordre et l'égalité.

N'est-il pas évident, dès lors, que jamais une déclaration de faillite incidente ne peut remplacer une déclaration principale; et que la loi, en déterminant les formes de cette déclaration, et le tribunal duquel elle doit émaner, a par cela même fait clairement entendre qu'une faillite n'a d'existence légale que lorsqu'elle a été régulièrement déclarée par le tribunal compétent (1)? Cette conclusion me paraît évidemment conforme au texte comme à l'esprit de la loi commerciale; cependant, en présence des opinions contraires dont je ne puis méconnaître ni le poids ni l'autorité, j'ai cru devoir m'étendre plus longuement que je n'en ai l'habitude, sur ce point capital dont les conséquences réagissent sur l'ensemble de la matière.

1168. Nous avons vu plus haut que la faillite doit être déclarée par le tribunal de commerce du domicile du failli. Le domicile du failli se reconnaît d'après les règles qui ont déjà été développées sur le domicile, en général.

Mais est-ce le domicile du failli au moment de la cessation de payements, ou le domicile du failli au moment soit de la déclaration par lui faite au greffe, soit de la demande en déclaration de faillite, qui est attributif de compétence?

Il me semble que du texte de l'art. 438 du Code de commerce, rapproché de l'art. 440, il résulte que c'est, en règle générale, le domicile du failli au moment de la déclaration par lui faite ou de la demande des créanciers qui détermine la compétence (2).

(1) V. en ce sens Toulouse, 26 août 1838, S., 9, 2, 145; Douai, 15 avril 1840, D., 40, 2, 193; Cass., 4 mai 1857, S., 57, 1, 461; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. V, n. 53 et suiv. et MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 66 et suiv.

(2) Bourges, 19 juin 1839, S., 39, 2, 525. Goujet et Merger, v° *Faillite*,

Cependant, comme il ne peut appartenir au failli de choisir ses juges, si depuis sa cessation de payement il avait transporté son domicile dans un autre lieu que celui où jusqu'alors il avait exercé son commerce, dans le but de soustraire l'examen de ses affaires et l'appréciation de sa conduite aux juges qui étaient le plus éclairés sur son compte, il y aurait dans ce changement de domicile une sorte de fraude qui empêcherait de pouvoir considérer le nouveau domicile comme sérieux, et le domicile antérieur continuant de subsister n'aurait pas cessé d'être attributif de juridiction (1).

En cas de cessation de payements d'une société, la déclaration doit pareillement en être faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siége du principal établissement de cette société; et c'est aussi ce même tribunal qui est compétent pour déclarer la faillite (2). Il en est ainsi alors même que le siége social de la société, déterminé par les statuts, se trouve dans un autre lieu : le principal établissement qui aux termes de l'article 438 du Code de commerce est, en matière de faillite, attributif de compétence, n'est pas nécessairement au lieu indiqué par les statuts comme étant celui du siége social (3).

1169. Si la société est en nom collectif, l'article 438 du Code de commerce veut que la déclaration contienne le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Mais, cet article ne parlant que des sociétés en nom collectif, on peut se demander si les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être également déclarées en faillite.

Quant aux sociétés en commandite, comme elles sont réputées en nom collectif, relativement aux associés solidaires (4) il en résulte qu'elles peuvent être déclarées en faillite aussi bien que les sociétés qui sont en nom collectif à l'égard

n. 36. V. Cependant, M. Renouard, t. I, p. 255, et M. Bédarride, t. I, n. 52.

(1) V. Besançon, 27 mars 1867, D., 67, 2, 54, V. aussi MM. Goujet et Merger, *ibid.*

(2) C. com., art. 438. V. Cass., 23 août 1853, S., 55, 1, 839.

(3) Cass., 13 mars 1865, S., 65. 1, 115.

(4) C. com., art. 24.

de tous les associés. Dans ce cas, pour obéir à la disposition précitée de l'article 438, la déclaration de faillite ne doit indiquer que les noms de ceux des associés qui sont solidaires.

Mais il y a plus de difficulté relativement aux sociétés anonymes, qui constituent des associations de capitaux plutôt que des associations de personnes. On peut dire que là il n'y a pas d'associés solidaires, et conséquemment qu'il n'y a aucun individu en qui se personnifie la société et auquel puissent s'appliquer les effets de la faillite ; que la faillite d'une société anonyme ne participerait donc à la nature et aux effets des faillites ordinaires que sous le rapport de la liquidation, et nullement sous le rapport personnel et que, pour arriver à une liquidation rendue nécessaire par le dérangement des affaires de la société, par l'impossibilité où elle est de faire honneur à ses engagements et par la dissolution qui en est la conséquence, il n'est pas indispensable de recourir à une déclaration de faillite. On peut dire, avec M. Renouard (1), que la liquidation devient forcée par le fait même de la dissolution de la société ; et que, les créanciers pouvant poursuivre cette liquidation, faire rentrer l'actif, le conserver et le distribuer, sans déclaration de faillite, il n'y a pas lieu de recourir à un moyen inutile.

Toutefois il y a contre ce système de sérieuses objections qui ont été mises en évidence par plusieurs arrêts de la cour de Paris, notamment par deux arrêts en date du 27 novembre 1857 et 21 juillet 1861, très-fortement motivés, et plus tard par un arrêt de la Cour de cassation du 14 juillet 1862 (2). De ces objections, l'une est fournie par l'article 437 du Code de commerce qui déclare en état de faillite tout commerçant qui cesse ses payements, disposition dont la généralité comprend les sociétés anonymes qui en tant que personnes morales sont des commerçants quand l'objet de la société est commercial ; l'autre, de beaucoup la plus forte, est prise de l'intérêt des créanciers à faire déclarer la faillite de leur débiteur, pour soustraire l'actif social aux poursuites indivi-

(1) *Des faillites*, t. I, p. 260 et suivantes. — *Contrà*, M. Lainné, p. 25.
(2) S., 57, 2, 662 et 62, 1, 1, 938. V. aussi Paris, 29 déc. 1838, S., 39, 2, 347.

duelles, pour se saisir de cet actif qui est leur gage et en faire opérer une répartition d'autant plus sûre entre tous que la liquidation aura lieu sous la surveillance de la justice et avec toutes les garanties qu'elle peut comporter. Cette considération me paraît décisive parce qu'elle répond au principal argument de l'opinion contraire qui repose sur l'inutilité de la faillite pour la rentrée, la conservation et la distribution de l'actif : la déclaration de faillite empêchant les poursuites individuelles est un moyen d'assurer la rentrée et la conservation de l'actif; et la liquidation judiciaire, un moyen de garantir l'exactitude et la sûreté de la répartition (1).

Les sociétés anonymes peuvent donc comme les autres être déclarées en faillite (2).

1170. Il suit de ce qui précède que la faillite d'une société en nom collectif ou en commandite met en état de faillite les associés solidaires qui les composent. C'est ce qui résulte d'abord de l'article 438 du Code de commerce, qui veut que la déclaration de faillite d'une société indique le nom des associés solidaires, et de l'article 531 du même Code, qui, en autorisant les créanciers à consentir des concordats distincts avec chacun des associés, suppose évidemment que la faillite de la société entraîne celle de ses membres; c'est ce qui résulte aussi de la force même des choses, car lorsque les associés sont solidaires et, conséquemment, indéfiniment tenus des dettes sociales, la société n'est en faillite que parce que les associés, pris en masse ou individuellement, cessent de payer ses dettes. Déclarer que la société a cessé ses payements, c'est donc déclarer que les associés le cessent également, et, par suite, constituer les uns et les autres en état de faillite (3).

(1) M. Demangeat, t. V, p. 673.

(2) Il n'est pas douteux du reste que les porteurs d'obligations, comme les sociétés anonymes ont l'habitude d'en émettre, sont de véritables créanciers de la société qui les a émises, et non pas seulement des actionnaires privilégiés, et qu'ils peuvent par conséquent provoquer la mise en faillite de la société qui est leur débitrice quand elle ne remplit pas ses engagements. Cass., 4 juil. 1862, S., 62, 1, 938.

(3) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 138, M. Lainné, p. 310 ; M. Bédarride, t. I, n. 194 ; M. Alauzet, t. II, n. 1655, M. Demangeat t. V, p. 677 ; et, Cass., 7 janv. 1873, Gazette du 8. V. aussi Douai, 9 février 1825, S., 8, 2, 26;

Sans doute la société constitue un être moral distinct de la personne des associés qui la composent ; mais il ne faudrait pas conclure de là que la faillite de la société n'entraîne pas celle des associés. Lorsque la caisse sociale est vide, c'est aux associés à la remplir, et la solidarité qui les enchaîne à la fortune sociale confond leurs obligations avec celles de la société (1).

Il faut cependant reconnaître avec M. Troplong (2) qu'il y a des cas où la faillite de la société peut ne pas réagir contre un associé : tel est celui où la faillite de la société serait déclarée pendant l'absence d'un associé qui, à son retour, et aussitôt qu'il apprend le sinistre, paye l'intégrité des dettes sociales. Il est manifeste que cet associé, qui a toujours pu et voulu payer, ne peut être considéré comme failli ; mais ce qu'il y a d'exceptionnel dans cet exemple prouve encore mieux qu'en règle générale la faillite des associés est la conséquence naturelle de la faillite de la société.

1170 *bis.* Il suit de là qu'un seul jugement déclaratif suffit pour constituer en état de faillite la société et les associés solidaires. Il n'est pas nécessaire de faire déclarer d'abord la faillite de la société, et d'obtenir ensuite un jugement déclaratif contre les associés (3).

1171. Nous avons vu plus haut que, dans le cas de faillite d'une société en commandite, la déclaration ne doit indiquer que les noms des associés solidaires. Quant aux associés en commandite, comme ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, les dettes de la société leur sont étrangères, et la faillite de la société n'exerce dès lors aucune influence sur leur position particulière.

Mais en est-il de même de l'associé commanditaire qui

D., 25, 2, 195 ; Cass., 23 août 1853, S., 55, 1, 829 ; Douai, 15 mai et 7 juin 1899, S., 60, 2, 84 ; Cass., 7 avril 1861, S., 61, 1, 609 ; Paris, 9 août 1869, D., 70, 2, 10.

(1) V. cependant Pardessus, n. 976, et Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés comm.*, n. 29 ; Paris, 20 mars 1840 ; S., 40, 2, 247 ; Orléans, 27 novembre 1850, S., 51, 2, 33.

(2) *Des sociétés*, t. I, n. 75.

(3) Un usage contraire est suivi au tribunal de commerce de la Seine.

s'est immiscé dans la gestion de la société, au mépris des articles 26 et 27 du Code de commerce, et que cette contravention oblige solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et tous les engagements de la société (1)? La faillite de la société, qui n'a lieu dans ce cas que parce que le commanditaire ne paye pas les dettes sociales dont il est solidairement tenu, entraîne-t-elle celle de cet associé?

Je ne le pense pas. La solidarité prononcée par l'article 28 du Code de commerce contre le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion des affaires sociales, est une peine qui doit être renfermée dans les termes de la loi, et qui ne doit pas recevoir d'aggravation arbitraire. L'associé commanditaire, bien que passible d'une action solidaire, ne devient pas pour cela associé solidaire, puisqu'il n'y a lieu de le soumettre à la solidarité que si les autres associés ne payent pas; on ne peut donc lui appliquer les règles qui régissent les associés en nom collectif, solidaires de plein droit, et dont le sort est nécessairement lié à celui de la société : c'est un débiteur ordinaire contre lequel ses coassociés et les créanciers de la société ont une action indéfinie, au lieu de l'action limitée à laquelle ils eussent dû se restreindre si le commanditaire ne se fût pas immiscé dans la gestion des affaires sociales. Mais cette action, dans le cas où le commanditaire ne paye pas, doit suivre les voies du droit commun, et ne peut conduire à une déclaration de faillite qu'autant que le débiteur serait dans une position personnelle qui permettrait de la prononcer, c'est-à-dire s'il était commerçant. Cette qualité de commerçant peut sans doute résulter des actes de gestion faits par le commanditaire, suivant leur nombre et l'habitude qu'il en aurait contractée; mais elle n'en résulte pas nécessairement, puisqu'un seul acte ou quelques actes isolés, qui suffisent pour que la responsabilité soit encourue, ne suffisent pas pour rendre commerçant celui qui les a faits (2).

(1) C. com., 28.

(2) M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 74; M. Pardessus, n. 1037; M. E. Persil, sur l'art. 28 Code com., n. 3; Colmar, 2 août 1828, S., 9, 2, 183; D., 29, 2, 284. — *Contrà*, M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 404 et suiv.

1172. Quant à la faillite d'un associé, elle n'entraîne jamais de plein droit la faillite de la société, d'abord, parce que les coassociés du failli peuvent être en état de satisfaire seuls aux engagements sociaux; et ensuite parce que la part du failli dans l'actif social appartient aux créanciers sociaux de préférence aux créanciers personnels de l'associé (1).

1173. Par la même raison, lorsqu'un indidividu est membre de deux sociétés différentes, la faillite de l'une des sociétés n'entraîne pas nécessairement la faillite de l'autre. Ansaldus se demande : *Socii si duas habeant societates in diversis locis, an decoctâ unâ societate, dicatur etiam altera decocta?* Et il répond négativement..... *Figurando casum de Titio et Mævio qui societatem iniverint in civitate Florentiæ, Mævius verò absque Titio societatem in proprio, vel cum Sempronio iniverit Anconæ; quòd si Mævius in negotio Anconæ decoxerit, societas et ratio existens in civitate Florentiæ in nihilo teneatur pro decoctione ac debitatis contractis per Mævium in negotio Anconæ* (2).

1173 *bis*. Une société qui n'a pas été publiée conformément à la loi et qui ne constitue qu'une société de fait, peut-elle être déclarée en état de faillite?

La négative paraît certaine : une société non publiée ne constitue pas une personne morale, et par conséquent ne représente pas un être collectif qui puisse être déclaré en état de faillite. Chacun des associés, considéré comme débiteur individuel, peut sans doute, s'il se trouve en état de cessation de payements, être déclaré en état de faillite; mais la société de fait, ou plutôt la communauté d'intérêts qui a existé entre eux ne pouvant pas être mise en faillite, la faillite de l'un des associés ou communistes n'entraînera jamais de plein droit la la faillite des autres.

C'est ce qui été jugé par la Cour de cassation le 14 août 1863 (3), dans une espèce, où la question s'agitait entre les

(1) *Creditores societatum mercatorum in rebus et bonis societatum præferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum*, disait le statut de Gênes, liv. IV, ch. XII, n. 4.

(2) *Disc.* 4, n. 11 ; Straccha, *De decoct.*, part. V, n. 13 ; Roccus, *De decoct. mercat. notab.*, 59, n. 178.

(3) S., 63, 1, 486.

créanciers et l'un des associés de fait déclaré en faillite, qui prétendait que sa faillite entraînait celle de son coassocié, et les créanciers personnels de ce dernier qui, invoquant la nullité de la société pour défaut de publication, soutenaient qu'on ne pouvait conclure de la faillite de l'un des associés à celle de l'autre, et que, dès qu'il existait deux individualités distinctes, les faits propres à chacune de ces individualités devaient être vérifiés séparément. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens et pour les créanciers personnels du coassocié.

Mais depuis, la question s'est présentée de nouveau devant la Cour de Paris, dans une affaire où la question s'agitait, non plus entre les créanciers personnels de chacun des associés, dont l'un seulement avait été déclaré en faillite, mais entre le syndic de la faillite de la société de fait, qui avait été déclarée, et les associés non dénommés au jugement déclaratif que le syndic voulait faire comprendre dans la faillite.

Cette prétention fut repoussée par le tribunal de commerce de la Seine, qui, se fondant sur ce qu'il n'avait existé qu'une société de fait, légalement nulle à défaut de publication, décida que la déclaration de faillite ne pouvait s'appliquer qu'à celui des associés de fait dénommé au jugement déclaratif.

Il y a eu appel de ce jugement; et devant la Cour de Paris, l'organe du ministère public se fondant sur ce que aux termes de l'article 42 du Code de commerce, reproduit par l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés, qui prononce à l'égard des intéressés, la nullité des sociétés non légalement publiées, le défaut des formalités de publication ne peut être opposé aux tiers par les associés, soutint que dans l'espèce les prétendus associés, qu'on voulait comprendre dans la faillite, ne pouvaient opposer la nullité de la société aux créanciers sociaux agissant au nom du syndic et qui étaient des tiers, d'où il conclut qu'à leur égard il y avait une société valable qui avait pu être déclarée en faillite et dont la faillite entraînait celle de tous les associés.

Ce système était ingénieux et peut-être spécieux. Mais il oubliait que, aux termes de la loi de 1867 et du Code de commerce, si le défaut des formalités de publication ne peut

être opposé aux tiers par les associés, la société n'en est pas moins nulle à l'égard de tous les intéressés parmi lesquels figurent les associés, d'où la conséquence que, nonobstant cette nullité, les associés restent sans doute tenus envers les créanciers de la société de toutes les obligation créées au profit des tiers de bonne foi par les agissements apparents des associés de fait; mais que la nullité de la société qui est d'ordre public et qui l'empêche de constituer un corps moral, l'empêche également de produire les effets qui ne sont attachés qu'à une société légalement constituée, et par suite de pouvoir être déclarée en état de faillite.

Aussi la cour de Paris, par arrêt du 3 mars 1870, a-t-elle confirmé la sentence du tribunal de commerce (1).

1173 *ter*. De tout ce qui précède, il suit que les associations en participation, qui ne constituent jamais un corps moral (2), ne peuvent pas être déclarées en faillite. Les associés seuls peuvent être individuellement déclarés en faillite quand ils se trouvent personnellement en état de cessation de payements (3).

1173 *quater*. Du reste une société dissoute, mais non encore liquidée, peut être déclarée en faillite si elle vient à cesser ses payements au cours de sa liquidation (4). La société dissoute mais non liquidée subsiste encore pour sa liquidation, et à ce point de vue elle continue de constituer un corps moral (5).

1174. Le nouvel article 437 du Code de commerce résout dans sa disposition finale une question qui jusque-là avait été fort controversée, à savoir si un commerçant peut être déclaré en état de faillite après sa mort. Cet article veut que la faillite d'un commerçant puisse être déclarée après son décès,

(1) V. Cet arrêt, S., 70, 2, 137, et D., 70, 2, 102. Ces deux arrêtistes reproduisent les conclusions d'ailleurs fort remarquables de M. l'avocat général Hémar.

(2) C. com., 47 et 48. Voy. sur le caractère des associations en participation *inf.*, n. 198, et suiv.

(3) Caen, 18 mai 1864, S., 65, 2, 103.

(4) Paris, 6 avril 1866, *Bulletin de la Cour de Paris*, 1866, p. 309.

(5) Voy. *sup.*, n. 1006.

lorsqu'il est mort en état de cessation de payements. Dans ce cas, la déclaration de faillite ne peut être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès. Il ne suffirait pas qu'avant l'expiration de l'année il y eût preuve certaine de la cessation de payements, si la faillite n'avait été ni prononcée par le juge ni demandée par les créanciers (1).

Il a même été jugé par les arrêts qui ont à tort, ainsi que je crois l'avoir démontré plus haut (2), reconnu aux tribunaux civils le droit de constater ou de déclarer incidemment l'état de faillite, que cette déclaration incidente ne pouvait plus intervenir plus d'un an après le décès du débiteur (3).

1174 *bis*. Nous avons vu plus haut (4) que la faillite d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite entraîne celle des associés solidaires qui la composent. Mais de ce qu'un commerçant ne peut être déclaré en faillite après son décès qu'autant qu'il est décédé en état de cessation de payements, il résulte que, si un associé est décédé avant la cessation des payements de la société, la mise en faillite de la société n'entraîne pas celle de cet associé dont la situation personnelle est fixée par l'état de choses existant lors de son décès (5).

Maintenant que nous avons vu ce qui constitue l'état de faillite, nous allons nous occuper de ses effets.

SECTION II. — EFFETS DE LA FAILLITE.

SOMMAIRE. — 1175. Différentes manières d'envisager les effets de la faillite. — 1176. Nature de l'incapacité du failli. — 1177. Division de la section II.

1175. Les effets de la faillite, en ce qui touche la capacité du failli, seul point de vue dont nous ayons à nous occuper

(1) Douai, 15 avril 1840; D., 40, 2, 193.
(2) Voy. n. 1267.
(3) V. Lyon, 21 fév. 1851, S., 51, 2, 317; Caen, 19 mai 1851, S., 54, 2, 699; Cass., 4 déc. 1854, S., 55, 1, 298.
(4) n. 1170.
(5) Paris, 6 avril 1866, Bulletin de la Cour de Paris, 1866, p. 309.

ici, peuvent être envisagés sous le double aspect de sa personne et de ses droits, de ses biens et de ses actes.

Avant d'entrer dans le détail des questions qui se rapportent à ces différentes divisions de la matière, il ne sera pas inutile de donner quelques explications sur la nature de l'incapacité dont le failli est atteint (1).

1176. La faillite est un accident qui constitue une des chances nécessaires de tout établissement industriel et commercial. Nul, en mettant le pied dans le champ des affaires, ne sait pas par quelle porte il en sortira. La probité, l'ordre, la prudence ne sont pas toujours des garanties suffisantes contre le malheur; et celui dont la position commerciale paraît la plus brillante, dont le crédit paraît le plus assuré, est souvent précipité dans l'abîme ouvert sous ses pas par une succession de circonstances qu'il n'a pu ni empêcher ni prévoir. L'inconduite et la fraude sont sans doute quelquefois les causes déterminantes des faillites; mais l'expérience prouve que les faillites frauduleuses ou coupables à des degrés divers sont en minorité; et que la grande majorité des faillites est le produit des événements commerciaux au milieu desquels le négociant passe sa vie (2).

Ces idées n'ont pas toujours été admises : pendant longtemps la fraude et la faillite ont été considérées comme sœurs. *Decoctor ergò fraudator*, disait Balde (3) en invectivant les faillis, *falliti sunt infames et infamissimi, et more antiquissimæ legis deberent tradi creditoribus laniandi. Adeò quod propter dolum suum non videntur beneficium cessionis habere, quod est subsidium miserorum, sed non præsidium dolosorum ; facilesque sunt ad mentiendum et colludendum, et à communiter accidentibus falliti sunt deceptores et fraudatores ; præsumiturque omnibus*

(1) Aux termes de l'art. 1er d'une loi transitoire du 22 avril 1871, les suspensions ou cessations de paiements survenues depuis le 10 juillet 1870, jusqu'au 30 septembre 1871, bien que régies par les dispositions du livre III du Code de commerce, n'ont dû recevoir la qualification de faillite et entraîner les incapacités attachées à la qualité de failli que dans le cas où le tribunal aurait refusé d'homologuer le concordat, ou, en l'homologuant, n'aurait pas déclaré le débiteur affranchi de cette qualification.

(2) V. M. Renouard, t. I, p. 194.

(3) Cons. 400, n. 1, lib. V.

inesse, quod omnibus est commune; nec excusantur ob adversam fortunam; est decoctor, ergo fraudator : sic lex vocat eos. Il est probable qu'au temps où écrivait Balde, dans le quinzième siècle, ces reproches étaient mérités. Néanmoins on les adressait encore aux faillis deux siècles plus tard, sans doute par habitude, car les progrès de la civilisation avaient dû corriger bien des choses : Casaregis (1), Straccha (2), la rote de Gênes (3) s'expriment de la même manière que Balde, dont ils ne parlent jamais sans commencer par en faire l'éloge (4).

Aujourd'hui ces maximes seraient des préjugés. Elles ont sans doute été entretenues par des créanciers de mauvaise humeur ; mais elles ont cessé d'avoir cours depuis que, plus dociles à la voix de leur intérêt bien entendu, les créanciers d'un failli se sont proposé pour but, moins de punir leur débiteur d'une faute, qui souvent n'est qu'un malheur, que d'assurer leurs droits et de sauver du naufrage les débris des biens qui sont devenus le seul gage de leurs créances.

Tant qu'un failli n'est que malheureux et qu'il n'est pas coupable, l'incapacité qui l'atteint dans sa personne, dans ses droits ou dans ses biens, ne doit donc être que le résultat de la nécessité dans laquelle la faillite place les créanciers de veiller eux-mêmes à leurs intérêts que leur débiteur n'a pas su ou n'a pas pu détendre. L'intérêt des créanciers doit être la mesure de l'incapacité du failli et de la privation de l'exercice de ses droits, qui en est la conséquence ; et tout ce qui dépasse cette mesure devient une peine dont on ne peut, sans injustice, frapper le malheureux en l'assimilant au coupable. Dans le malheur commun qui frappe le débiteur et les créanciers, les créanciers sont, sans contredit, les plus à plaindre ; ce sont eux qui méritent plus particulièrement la sollicitude de la loi. Mais cette sollicitude a ses bornes, et, lorsqu'elle a pris toutes les précautions pour empêcher le failli d'aggraver par sa con-

(1) *Disc.* 209, n. 47.
(2) *De decoct.*, part. III, n. 22.
(3) Décis. 2, n. 34, et décis. 17, n. 14.
(4) *Baldus noster*, dit Straccha, *qui de jure nostro propter ingenii acumen et frequentes disceptationes forenses, primum locum obtinet.*

duite ou par une mauvaise administration le préjudice qu'il cause à ses créanciers, elle ne peut aller au delà sans courir le risque de ressembler à une vengeance inutile ou à une punition imméritée. L'incapacité qui résulte de la faillite n'est donc pas absolue, mais seulement relative.

1177. Bien que l'incapacité du failli puisse être envisagée, ainsi que je l'ai dit en commençant, sous le rapport de sa personne et de ses droits, de ses biens et de ses actes, néanmoins, comme la solution des questions que présentent ces divers cas se rattache à des principes communs ou à des dispositions complexes, il n'est pas possible de suivre cette division dans l'examen que nous allons en faire. Nous verrons donc d'abord tout ce qui concerne la personne, les biens et les droits généraux du failli, et nous nous occuperons ensuite spécialement des questions relatives à la validité des actes antérieurs à la faillite.

§ I. — *Des effets de la faillite relativement à la personne, aux biens et aux droits généraux du failli.*

SOMMAIRE. — 1178. Texte de l'article 443 du Code de commerce. Dessaisissement du failli. — 1179. Le dessaisissement résulte de plein droit du jugement déclaratif, sans qu'il soit besoin d'une disposition expresse. — 1180. Le tribunal, en déclarant la faillite, ne pourrait dispenser le failli du dessaisissement. — 1181. A quel moment commence le désistement? — 1182. Le failli est dessaisi, mais non pas exproprié de ses biens. — 1183. Les droits civils et politiques qui tiennent à la propriété des biens, ne cessent pas de reposer sur la tête du failli, bien qu'il puisse être privé de leur exercice. — 1184. A quels biens s'applique le dessaisissement? — 1185. *Quid* des biens déclarés insaisissables par la loi? traitements ou pensions? — 1185 *bis*. Rentes sur l'État? — 1185 *ter*. Biens déclarés insaisissables par une convention? — 1186. Il s'applique aux biens présents et aux biens à venir. — 1187. Le failli peut-il répudier un succession ou un legs? — 1188. Le dessaisissement ne s'applique qu'aux biens personnels du failli, et non à ceux dont il n'a que l'administration et la jouissance. — 1189. Il n'a pas d'effet rétroactif. — 1189 *bis*. Effet des saisies-arrêts antérieures à la faillite. — 1190. Le dessaisissement n'est pas l'interdiction. Le failli n'est donc pas incapable de contracter sur toute autre chose que sur ses biens. — 1191. Les créanciers seuls peuvent se prévaloir de son incapacité. — 1192. Les actes faits par le failli sont nuls, même à l'égard des tiers de bonne foi. Exemples tirés de la vente, du compte courant. — 1193. Effets de la nullité des actes relativement aux créanciers qui en ont profité. — 1194. De la nullité des actes faits par le

1178. Aux termes de l'article 443 du Code de commerce, « le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. — A partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être poursuivie ou intentée que contre les syndics. — Il en sera de même de toute voie d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles. — Le tribunal, lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante. »

Cet article est le siége principal de la matière. En dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, il le rend incapable de faire tous actes d'administration, et, à plus forte raison, tous actes d'aliénation; en disposant que toute action mobilière ou immobilière intéressant le failli doit être suivie par les syndics ou intentée contre eux, il le rend en quelque sorte incapable d'ester en jugement.

Incapacité de contracter, incapacité d'ester en jugement, tels sont les effets directs du jugement déclaratif de la faillite, qui des biens et des droits du failli réagissent sur sa personne. Nous allons voir comment a lieu le dessaisissement qui produit cette sorte d'incapacité, son étendue et ses effets.

1179. Comme nous l'avons vu tout à l'heure, le dessaisissement a lieu de plein droit par l'effet du jugement déclaratif de la faillite, sans qu'il soit nécessaire d'une disposition spéciale (1). Cette règle nouvelle, dans notre droit français, est empruntée à l'ancien droit italien, qui assimilait le dessaisissement dont est frappé le failli à une cession de biens opérée par la seule force de la loi. *Decocti actiones et jura, ipso jure, transeunt in creditores, in vim cessionis legalis*, disait Casaregis (2). Elle est d'ailleurs rationnelle : soit que la déclaration de faillite intervienne après que le failli a lui-même reconnu, en déclarant la cessation de ses payements, qu'il est hors d'état de gérer ses affaires de manière à faire honneur à ses engagements; soit qu'elle intervienne d'office ou sur la demande des créanciers, elle n'en constate pas moins ce fait important que les créanciers n'ont plus rien à attendre du failli ; que leurs droits se concentrent sur les biens qui sont le gage de leurs créances, gage dont il ne s'agit plus pour eux que de poursuivre la réalisation ; ce qui opère une sorte d'abandon volontaire ou forcé de ces biens, dont le résultat naturel et nécessaire est de les soustraire à l'action du débiteur. *Inhibitio expressè à judice facienda debitori decocto ut non alienet neque administret non est necessaria; nam dùm ex ipsius decoctione et concursu formato voluntariè decoctus sua bona ponit in manibus curiæ, et permittit sua bona per alium administrari, censetur à se abdicasse administrationem; vel ratione sequestri quod in bonis personæ decoctæ fit à curiâ, interdicta ei dicitur administratio* (3).

1180. Il suit de là que le tribunal ne pourrait, par une disposition particulière du jugement déclaratif de la faillite, affranchir le débiteur du dessaisissement dont la loi a fait une des conséquences nécessaires de la déclaration de faillite (4).

1181. De ce que le dessaisissement a lieu de plein droit, à partir de la date du jugement, il résulte qu'il atteint le failli le jour même du jugement et par conséquent dès la première

(1) C. comm., 443. Pardessus, n. 1116; Locré sur l'ancien art. 442.
(2) *Disc.* 53, n. 13 ; *Disc.* 56, n. 47.
(3) Roccus, *De decoctione*, note 45, n. 136.
(4) Pardessus, n. 1116 ; Bravard, t. V, p. 69.

heure de ce jour, les jugements n'étant pas datés de l'heure (1).

Il en résulte également qu'il n'est pas nécessaire que le jugement ait été préalablement publié pour qu'il produise le dessaisissement qui est attaché au fait seul de son existence (2).

1182. Il faut d'ailleurs avoir bien soin de le remarquer : la loi ne prononce contre le failli que le dessaisissement et non l'expropriation. Le failli cesse d'avoir l'administration de ses biens ; mais jusqu'à ce qu'ils aient été vendus par ses créanciers ou leurs représentants, il ne cesse pas d'en être propriétaire. La question fut vivement agitée lors de la discussion du Code de commerce, en 1807, de savoir si le failli devait être exproprié, ou s'il suffisait de lui enlever l'administration de ses biens. Les législateurs de cette époque auxquels l'ancien droit français ne pouvait servir de guide, puisqu'il ne renfermait aucune disposition à cet égard, et que le failli y conservait la possession de ses biens, dont l'administration ne lui était retirée qu'en vertu de conventions variables et arbitraires, inclinaient pour l'expropriation ; et la rédaction primitive pouvait même être interprétée en ce sens. Mais on fit remarquer avec raison que l'intérêt des créanciers devait être la mesure du dessaisissement qu'il s'agissait de prononcer contre le failli ; que leur intérêt consistait à empêcher le failli de disposer à leur préjudice des biens qui étaient leur gage ; et qu'il suffisait dès lors de lui en retirer l'administration, sans qu'il fût nécessaire de le dépouiller de la propriété pour la transporter aux créanciers qui trouvaient bien dans leurs titres et dans les principes généraux du droit la faculté de faire vendre les biens de leur débiteur pour se payer sur le prix (3), mais qui n'y trouvaient pas celle de s'attribuer à eux-mêmes la propriété de ces biens (4). C'était encore là la règle suivie dans l'ancien droit italien. *Possessio et proprietas bono-*

(1) Amiens, 18 mars 1848, S., 48, 2, 715 ; Metz, 23 juin 1857, S., 58, 1, 378 ; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 78, note 2.

(2) Grenoble, 12 avril 1851, S., 51, 2, 727.

(3) C. civ., 2092 et 2093.

(4) Locré sur l'anc. art. 442, C. com.

rum decocti, dit Roccus (1), *non tollitur à personâ decocti propter sequestrum à judice factum, neque proprietas et possessio bonorum sequestratorum transit ad deputatos, seu in administratores, sed solum custodia et administratio, cùm lis non vertatur super possessionem aut proprietatem bonorum, sed solum ut his venditis satisfiant creditores.*

1183. De ce que le failli ne perd que l'administration de ses biens, et de ce qu'il en conserve la propriété, il faut conclure que tous les droits politiques ou civils qui tiennent à cette propriété ne cessent pas de résider sur sa tête; et que, s'il peut être privé de l'exercice de ces droits, comme nous le verrons bientôt (2), et notamment de l'exercice des droits électoraux, c'est par l'effet d'une sorte d'indignité résultant du fait de la faillite, et non par l'effet d'une incapacité radicale résultant d'un défaut des conditions voulues, qui ne laisserait aucune place à la question d'indignité. Ainsi Roccus décide-t-il, sans hésiter, que le failli, privé de l'administration de ses biens, conservait l'exercice de tous les droits honorifiques ou féodaux qui y étaient attachés, parce que ces droits étaient un appendice de la propriété qui ne cessait pas de reposer sur sa tête (3).

1184. Le dessaisissement s'applique à tous les biens du failli, meubles et immeubles, et à ses marchandises. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard. Il s'applique même aux biens meubles que le Code de procédure civil déclare insaisissables, tels que les vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille. C'est ce qui résulte de l'article 469 du Code de commerce, qui, en permettant au juge-commis-

(1) *De decoctione*, note 52, n. 155.

(2) V. *inf.*, n. 1207.

(3) *Infertur ex hoc quod cum decoctus retineat possessionem bonorum contra ipsum sequestratorem, nec illa transeat ad administratorem, posse decoctum jurisdictionem exercere et judices nominare, ac etiam præsentare ad beneficia vacantia juris patronatûs annexi feudis et castris contra ipsum sequestratis; nec spectant prædicta ad creditores, neque ad administratores qui non possunt prædicta exercere; sed horum jus honorificum, dominium, possessio et exercitium remanet integrè penes ipsos dominos debitores decoctos.* — (*De decoctione*, note 43, n. 158, 159.)

saire d'autoriser les syndics à remettre ces effets au failli, fait suffisamment comprendre que si le juge-commissaire ne donne pas cette autorisation, le failli est dessaisi de ces objets comme des autres (1).

1185. Mais le dessaisissement ne s'applique pas à la portion des traitements et pensions dus par l'État, déclarés insaisissables par les lois, les règlements ou ordonnances. L'insaisissabilité, qui est la condition de la concession du traitement ou de la pension, s'oppose à un dessaisissement qui produirait les mêmes effets qu'une saisie (2).

1185 *bis*. En est-il de même des rentes sur l'État?

Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 8 mai 1854 (3) a jugé que le principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'État qui les soustrait à toute espèce de mainmise de la part des tiers n'est pas modifié par l'état de faillite du propriétaire de la rente; que par suite le failli n'est pas dessaisi de ses rentes sur l'État comme de ses autres biens et conserve le droit d'en disposer et de les aliéner.

Mais un arrêt postérieur de la chambre civile, arrêt de rejet en date du 8 mars 1859 (4), a jugé au contraire que l'insaisissabilité des rentes sur l'État n'empêche point que, en cas de faillite du titulaire, ces rentes ne tombent sous la mainmise des créanciers de la faillite, et que les syndics ne puissent les vendre au profit de la masse, les syndics procédant en pareil cas au nom du failli et comme ses mandataires légaux : « attendu, porte cet arrêt, qu'autre chose est la saisie ou opposition dont ces rentes sont affranchies, autre chose la mainmise qui succède, à l'égard du failli, à son dessaisissement de l'administration de tous ses biens, sans exception; que cette main-mise peut, sans doute, selon les exigences de la liquidation de la faillite, être suivie de l'aliénation des rentes sur l'État dépendant de l'actif; mais qu'alors c'es tau nom du failli

(1) M. Renouard, t. I, p. 293; M. Alauzet, t. IV, n. 1663. V. Cependant M. Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 72, note 1.

(2) M. Renouard, *ib.*, p. 302.

(3) S., 54, 1, 309.

(4) S., 60, 1, 418.

et comme ses mandataires légaux, que procèdent les syndics, sans porter, en conséquence, aucune atteinte aux règles de comptabilité et de crédit public qui ont fondé les lois de nivôse an VI et de floréal an VII... »

De ces deux solutions contraires, il me semble que la première doit servir de règle.

L'une et l'autre a pour point de départ le principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'État consacré par les lois du 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII qui interdisent toute saisie-arrêt ou opposition sur les rentes dues par l'État, disposition qui, ainsi que l'expliquait le rapporteur de la loi de l'an VI, a eu pour but « de priver les créanciers de toute espèce de droit, saisie ou opposition soit sur le capital, soit sur les arrérages », et d'instruire les créanciers « qu'ils n'auront point à compter sur cette ressource pour le payement et la sûreté de leurs créances ». S'il en est ainsi, si les rentes sur l'État sont placées hors du droit et de l'action des créanciers, comment accorder plus d'effet à la main-mise résultant de la faillite qu'à la main-mise résultant d'une saisie ou d'une opposition? en d'autres termes, la main-mise résultant de la faillite peut-elle s'étendre à des biens qui, étant en dehors du droit des créanciers, ne sont pas le gage de leurs créances et ne peuvent être saisis par eux? Il me semble que poser la question, c'est la résoudre. Les syndics, dit-on, pourront aliéner les rentes comme mandataires légaux du failli. Mais s'il n'y a pas de main-mise résultant de la faillite, il n'y a pas de mandat légal qui ne pourrait être la conséquence que de la main-mise.

Concluons de là que le dessaisissement résultant de la faillite ne s'applique pas aux rentes sur l'État (1).

1185 *ter*. Une question plus grave est celle de savoir si le dessaisissement peut s'appliquer aux sommes et objets disponibles, déclarés insaisissables par le donateur ou le testa-

(1) M. Renouard, t. I, p. 302 ; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 72; V. aussi en ce sens les observations de M. Dutruc sur l'arrêt du 8 mars 1859, dans les recueils de Sirey, *loc. cit.*; et un article de M. Mollot dans la *Gazette des Tribunaux*, du 7 juin 1860.

teur, et qui, aux termes de l'article 581 du Code de procédure, ne peuvent être saisis.

Il faut d'abord remarquer que la question ne peut naître qu'à l'occasion de donations, ou de legs qui portent sur des sommes ou objets *disponibles;* c'est-à-dire que l'insaisissabilité autorisée par l'article 581 du Code de procédure ne peut jamais profiter à la réserve légale déterminée par l'article 913 du Code civil. Il n'y a d'insaisissable que la portion disponible. Quant à la portion réservée par la loi, si elle est comprise dans la donation ou dans le legs, les créanciers du donataire ou du légataire peuvent la saisir, nonobstant toute condition contraire, parce que, ne lui venant pas de la disposition de l'homme, mais de celle de la loi, elle tombe évidemment dans le dessaisissement produit par la faillite.

Mais que doit-on décider relativement aux choses disponibles données ou léguées sous la condition d'insaisissabilité?

La question a été examinée et traitée à fond par M. Renouard dans son *Traité des faillites* (1). Cet auteur distingue entre le cas où la libéralité est antérieure à la faillite et celui où elle est postérieure. Dans le premier cas, il décide que les objets stipulés insaisissables sont compris dans le dessaisissement, soit par application de l'article 582 du Code de procédure, qui les déclare saisissables par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs; soit en vertu du principe général de l'article 443 du Code de commerce, qui, en créant au profit des créanciers un droit nouveau sur les biens de leurs débiteurs, ne tient pas compte des règles ordinaires de l'insaisissabilité.

Dans le second cas, il décide au contraire que le dessaisissement n'a pas lieu à l'égard des biens donnés ou légués depuis la faillite sous la condition d'insaisissabilité, en se fondant sur ce que cette condition, sans laquelle ni le legs ni la donation n'auraient été faits, devient la loi des créanciers auxquels elle ne porte dès lors aucun préjudice.

J'adopte l'une et l'autre opinion, et je me réfère, pour

(1) T. I, p. 299 et suiv.

leurs développements, à ceux qu'a donnés M. Renouard lui-même, auxquels il n'y a rien à ajouter.

Il est cependant un point sur lequel je diffère de sentiment avec cet auteur. Suivant M. Renouard (1), le principe fondamental qui exige l'annulation de tous les actes faits en fraude des créanciers pourra, suivant la circonstance, autoriser l'anéantissement de la condition, s'il est démontré qu'elle n'a été introduite que pour nuire aux créanciers et pour procurer au débiteur des biens évidemment supérieurs à ses besoins. Cette exception ne me paraît pas admissible. Les actes faits en fraude des créanciers qui peuvent être annulés pour cette cause, sont les contrats auxquels le débiteur a été partie : c'est ce qui résulte de l'article 1167 du Code civil, dont la disposition fait le droit commun de la matière, et de l'article 447 du Code de commerce spécial au cas de faillite, qui, l'un et l'autre, ne s'appliquent qu'aux actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers, et qui n'ont dès lors aucun rapport possible avec les legs ou les donations dont un tiers gratifierait le débiteur sous condition d'insaisissabilité. Qui ne voit d'ailleurs qu'une telle condition, dont le but évident est de soustraire les choses données à l'action des créanciers, est toujours sous ce rapport introduite en fraude de leurs droits; et que si la donation ou le legs pouvaient être annulés par ce motif, dans un cas, il n'y aurait pas de raison pour ne pas les annuler dans tous (2)?

1186. Au surplus, sauf l'exception qui précède, le dessaisissement s'applique non-seulement aux biens que possède le failli au moment du jugement déclaratif, mais encore à ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Telle est la disposition expresse de l'article 443 du Code de commerce qui lève les doutes que pouvait faire naître le silence de l'ancien article 442 du Code de commerce de 1808, et qui est d'ailleurs conforme au principe général de droit suivant lequel « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de

(1) P. 298 de la 2e édition.

(2) M. Renouard n'a pas reproduit cette opinion dans la 3e édition de son *Traité des faillites*. — Voy. M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 72.

remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, *présents et à venir* (1). » Mais ce dessaisissement ne soumet à l'action des créanciers les biens qui adviennent au failli, que sous la déduction de leurs charges particulières. Ainsi, dit avec raison M. Pardessus (2), les créanciers d'une succession pourront demander et obtenir la séparation des patrimoines, de manière que les créanciers du failli ne concourent point avec eux sur les biens qui lui arrivent de cette manière; ainsi les charges imposées à une donation seront acquittées avant les dettes de la faillite, sur les biens donnés.

1187. Le failli qui reçoit une succession ne pourrait la répudier au préjudice de ses créanciers, en ce sens que ceux-ci auraient le droit de se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. Mais dans ce cas la renonciation ne serait annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances, sans que l'héritier failli, qui a renoncé, pût jamais se prévaloir de cette annulation (3); de telle sorte que, les créanciers payés, le surplus de la succession serait dévolu aux héritiers les plus proches appelés à profiter de la renonciation. Il en serait de même s'il s'agissait d'un legs.

1188. Remarquons que le dessaisissement ne peut naturellement s'appliquer qu'aux biens personnels du failli et non à ceux dont il n'a que l'administration et la jouissance. Il suit de là que, malgré le dessaisissement qui frappe ses biens personnels, il n'en conserve pas moins l'administration des biens de ses enfants, tant que la tutelle ne lui a pas été retirée, ou des biens de sa femme, tant qu'une séparation de corps ou de biens n'a pas été prononcée. Mais comme les revenus de ces biens dont il a la jouissance, entrent dans son actif à mesure qu'ils sont produits, et que ces revenus font partie de ses biens, ils tombent dans le dessaisissement, c'est-à-dire qu'ils peuvent être perçus par les créanciers, sous la condition

(1) C. civ., 2092.
(2) T. IV, n. 1117. M. Renouard, t. I, p. 298.
(3) C. civ., 788. Casaregis, *Disc.* 209.

toutefois de supporter les charges auxquelles ces revenus sont affectés (1).

1189. Si le jugement déclaratif de faillite emporte, aux termes de l'article 443, de plein droit, et à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de ses biens, non-seulement de ceux qu'il possède au moment du jugement déclaratif, mais encore de ceux qui peuvent lui échoir depuis et tant qu'il est en état de faillite, il résulte des termes mêmes de cet article 443, que ce dessaisissement n'a pas d'effet rétroactif. Une sorte d'incapacité peut sans doute frapper le failli dans le passé, comme nous le verrons bientôt (2); mais les effets de cette incapacité, en ce qui touche les actes faits par le failli à partir de l'époque à laquelle le jugement déclaratif a reporté l'ouverture de la faillite, sont beaucoup moins étendus qu'en ce qui touche les actes postérieurs au jugement déclaratif : les actes postérieurs au jugement déclaratif sont tous nuls quand ils ont pour objet la disposition des biens dont le failli est dessaisi, tandis que les actes antérieurs à ce jugement ne sont nuls que dans certains cas et suivant certaines distinctions dont le système fera l'objet du paragraphe suivant.

1189 *bis*. Le dessaisissement atteint donc tous les biens qui ne sont pas définitivement sortis du patrimoine du failli. Il suit de là que les saisies-arrêts formées avant la déclaration de faillite sur des sommes dues au failli, n'empêchent pas l'effet du dessaisissement et que par suite ces sommes tombent dans l'actif commun à tous les créanciers, si la faillite vient à être déclarée avant que le jugement qui prononce la validité de la saisie et attribue les sommes saisies arrêtées au saisissant, soit passé en force de chose jugée (3).

Continuons l'examen des effets produits par le dessaisissement à partir du jugement déclaratif de la faillite.

1190. Un point fort essentiel à remarquer, c'est que le des-

(1) Pardessus, n. 1117.

(2) V. le paragraphe suivant.

(3) Cass., 20 nov. 1860, S., 60, 1, 270; Colmar, 10 fév. 1864, S., 64, 2, 122; Lyon, 20 nov. 1866, D., 67, 2, 88.

saisissement n'entraîne pas l'interdiction. Les biens, et non la personne du failli, sont placés sous la garde des créanciers qui deviennent les administrateurs des biens et non les tuteurs de la personne. De ce que le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, il en résulte sans doute qu'il ne peut contracter sur des biens dont il ne dispose plus, mais non qu'il perde en général le droit de contracter. Nous ne sommes plus sous l'empire des principes du droit romain, d'après lesquels l'insolvabilité opérait une sorte de changement d'état par suite duquel le débiteur devenait *capite minutus*, et était assimilé à un esclave; nous ne sommes même pas sous l'empire des idées qui prévalaient chez les anciens jurisconsultes italiens, dont la rigueur assimilait le failli au mort civilement et à l'interdit (1); la législation actuelle, plus logique et plus douce, n'a pas exagéré les conséquences du dessaisissement au delà de son but naturel, qui est de mettre le failli dans l'impossibilité de nuire à ses créanciers, et non de lui enlever sa capacité dans tous les cas où ses actes ne peuvent leur causer aucun préjudice et ne sont que l'exercice de ses facultés naturelles.

1491. Il y a plus; l'incapacité dont le failli est frappé, quant à ses biens n'opère qu'une incapacité relative dont les créanciers seuls, au profit desquels elle est établie, peuvent se prévaloir. Ni le failli ni les tiers, avec lesquels il a contracté, ne seraient recevables à argumenter du dessaisissement pour demander la nullité des actes dont les créanciers ne se plaignent pas (2). Cette règle ne souffre d'exception que lorsqu'il s'agit d'actes passés entre le failli et un de ses créanciers en fraude des autres créanciers. Dans ce cas, l'acte est nul à

(1) *Decoctio æquiparatur morti civili, adeo ut qui sub eadem decoctionis tabe opprimuntur, non habeant neque velle, neque nolle.* Ansaldus, *Disc.* 38, n. 31 et 32; le cardinal de Luca, *De cambiis, Disc.* 32, n. 15. — *Decoctus perdit administrationem suorum bonorum et nullum contractum circà ea gerere potest quia jam non habet neque velle neque nolle, et pro mortuo ab his habetur.* Roccus, *De decoctione*, note 44, n. 132. V. encore Straccha, *De decoctoribus*, part. III, n. 28, et Scaccia, *De cambio*, § 2, Gloss. 5, n. 329 et 445.

(2) Lyon, 25 août 1828, S., 6, 2, 144; D., 28, 2, 207, et Angers, 4 juin 1829, S., 9, 2, 280; D., 30, 2, 127.

l'égard du failli lui-même qui est dès lors recevable à en demander la nullité (1).

1192. Du reste les tiers, créanciers ou autres qui, depuis la déclaration de faillite ont contracté, avec le failli, sur des objets excédant sa capacité, ne peuvent être protégés ni par leur bonne foi, ni par l'ignorance de l'état de faillite. Ce n'est pas là une question de bonne foi; c'est une question de capacité. J'ai donc peine à comprendre comment Casaregis, qui a si nettement d'ailleurs déterminé les effets de la faillite, et qui, quelquefois même les a exagérés, a pu décider qu'en matière de contrats à titre onéreux, par exemple en matière de vente, l'acquéreur, dont le contrat est postérieur à la faillite et qui a payé son prix d'acquisition au failli, ne saurait être inquiété par les créanciers auxquels le contrat porte préjudice. « *La compra fatta da uno veramente decotto non può revocarsi ad istanza de' creditori, se il compratore non era conscio della decozione, e sborso con realtà e buona fede il prezzo tutto, che da questo, o simili contratto li detti creditori patiscano frode e pregiudizio* (2). » Une pareille opinion serait contraire au texte comme à l'esprit de la loi sur les faillites qui, en retirant au débiteur l'administration de ses biens à partir de la déclaration de faillite, n'a pu vouloir que les actes par lui faits depuis son dessaisissement puissent avoir un effet quelconque vis-à-vis de ses créanciers (3).

Aussi a-t-il été jugé avec beaucoup de raison, par la Cour de cassation (4), que le dessaisissement qui s'opère par la déclaration de faillite étend ses effets même aux actes faits à une grande distance du lieu où a été rendu le jugement déclaratif de la faillite, et à une époque où il était impossible que les tiers eussent connaissance de ce jugement; et par suite, qu'un compte courant avec le failli s'arrête au jour même de la faillite, quelle que soit la distance qui sépare le failli et celui avec

(1) C. com., art. 588.

(2) *Disc.* 216, n. 26.

(3) M. Renouard, t. I, p. 393; M. Alauzet, t. IV, n. 1662; Cass., 8 octobre 1806, S., 2, 1, 293; D., 8, 69.

(4) Cass., 13 mai 1835, S., 35, 1, 707, et 20 juillet 1846, S., 46, 1, 875.

lequel il est en compte courant : le solde du compte courant est fixé au jour de l'ouverture de la faillite.

1193. Il faut avoir soin de remarquer, quant à la nullité des actes faits par le failli, qu'il est personnellement obligé par ces actes, bien qu'ils soient annulés à l'égard de la masse des créanciers ; et, d'un autre côté, que les suites de ces actes ne peuvent jamais réagir sur les créanciers, à moins qu'ils n'en aient profité.

Si donc, en cas de vente faite par le failli et annulée sur la demande des créanciers, l'acquéreur a payé le prix, il n'en est pas moins dépouillé de la chose vendue, sauf son recours contre le failli personnellement, ou contre la masse pour se faire restituer le prix, mais dans le cas seulement où la masse en a profité.

De même, dans le cas de compte courant, les remises faites par le failli depuis la faillite doivent être restituées ; quant aux remises faites au failli, la masse ne doit en tenir compte qu'autant qu'elle les a acceptées pour elle-même, et qu'elle ne les a pas laissées à la charge du failli.

Il en est de même dans tous les cas où les créanciers, en approuvant d'avance ou en ratifiant les actes du failli, se les ont rendus propres. Ainsi, il arrive souvent que la faillite n'interrompt pas le commerce du failli qui, avec le consentement de ses créanciers, reste dans son magasin, où il continue à débiter ses marchandises, et à faire les achats et les ventes nécessaires à l'entretien du fonds. Dans ce cas, le failli agit au nom et dans l'intérêt de ses créanciers : et ceux-ci, qui l'ont laissé de fait à la tête de ses affaires, ne peuvent critiquer les actes qu'il a faits dans une juste mesure, et sans excéder les bornes d'une simple administration (1).

1194. Du reste, il faut distinguer, quant à la nullité des actes, ceux qui sont faits par le failli lui-même, et ceux qui sont faits par un mandataire du failli, dont les pouvoirs sont antérieurs à la faillite. Il est de principe que le mandat donné par le failli est révoqué par la survenance de la faillite (2).

(1) Pardessus, n. 1122.

(2) C. civ., 2007, même le mandat résultant de l'endossement irrégulier

Mandatum datum à scribente cessat et intelligitur revocatum, si sequatur scribentis decoctio, dit Casaregis (1); et la rote de Gênes avait déjà consacré la même règle : *Rumpente mercatore, omne mandatum et omnis commissio dicitur revocata* (2). Mais il faut combiner cette règle avec les principes du droit civil en matière de mandat : or, d'après ces principes, si le mandataire ignore la cause qui a fait cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valable, et ses engagements doivent être exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (3). Si donc la faillite révoque le mandat, cette révocation n'a d'effet, relativement au mandataire et aux tiers, que du jour où elle leur est connue, et tout ce qui a été fait dans l'intervalle écoulé entre la déclaration de faillite et cette connaissance, est valable, et oblige les créanciers (4). Au premier abord, cette solution semble en contradiction avec celle qui précède sur la nullité des contrats passés entre le failli et les tiers de bonne foi qui ignorent la faillite. Mais en y regardant de plus près, cette contradiction disparaît. La faillite, en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, agit directement sur sa personne et lui enlève à l'instant même toute sa capacité relativement aux biens et aux droits dont il est dessaisi : il y a dès lors en lui un défaut de pouvoir qui ne laisse pas de place aux questions de bonne foi, parce que la bonne foi ne peut pas faire que ce qui n'est pas soit. Quand au contraire il s'agit d'un mandataire dont les pouvoirs sont révoqués par la faillite du mandant, cette révocation ne peut avoir d'effet, relativement au mandataire et aux tiers, que du jour où elle est connue d'eux, parce que la faillite n'agit pas directement sur le mandataire; qu'elle ne lui enlève ses pouvoirs que par réflexion: c'est l'incapacité du mandant qui réfléchit sur le mandataire. Le mandataire cesse de pouvoir, parce que le mandant cesse

d'une lettre de change, Cass., 17 déc. 1856, S., 57, 1, 440, et 5 janv. 1864, S., 64, 1, 83 ; M. Demangeat sur Bravard, t. III, p. 178.

(1) *Disc.* 152, n. 4 et 5.

(2) Décis. 2, n. 31.

(3) C. civ., 2008 et 2009.

(4) M. Pardessus, n. 1122; MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. II, n. 450 ; Cass., 15 février 1808, S., 2, 1, 489.

d'être capable de lui communiquer un pouvoir qu'il n'a plus. Mais comme le pouvoir du mandataire est régulier dans son principe, il est manifeste qu'il ne peut cesser de l'être, à l'égard des tiers ou de lui-même, que lorsque l'accident qui le vicie est connu d'eux. Que le mandant change de volonté, ou qu'il cesse de pouvoir avoir une volonté, cela est la même chose. Or, de même qu'il est de règle que le changement de volonté du mandant, qui retire au mandataire les pouvoirs qu'il lui avait donnés, n'a d'effet, à l'égard du mandataire et des tiers, qu'autant qu'il a été porté à leur connaissance, de même aussi la révocation du mandat, par suite de la cessation de volonté du mandant qui devient incapable d'en avoir une, n'a d'effet à l'égard du mandataire où des tiers que lorsque la cause de cette incapacité leur est connue.

1194 *bis*. Mais ce qui précède ne s'applique qu'au mandat donné par le failli avant sa faillite et qui est valable et régulier dans son principe. Il en serait autrement du mandat donné par le failli, depuis que le jugement déclaratif de faillite l'a dessaisi de l'administration de ses biens et qui par conséquent est radicalement nul. Les agissements de ce mandataire ne peuvent donc être opposés ni au failli ni à ses créanciers (1).

1195. Le mandat prend fin, non-seulement par la faillite du mandant, mais aussi par celle du mandataire (2) : *Decoctus*, dit Casaregis, *neque alieno nomine negotium neque contractum inire potest, quia censetur revocatum omne et quodcumque mandatum* (3). Mais, dans ce cas, il est manifeste que l'incapacité qui atteint le failli produit ses effets à son égard et à l'égard des tiers à l'instant même de la faillite, et que les tiers ne peuvent pas plus prétexter cause d'ignorance de la faillite pour les actes faits par le failli au nom et dans l'intérêt d'un mandant, que pour ceux faits par lui en son propre nom ou dans son intérêt.

Mais il est à remarquer que, dans ce cas, ni le mandataire

(1) Cass., 14 janv. 1862, S., 62, 1, 398.
(2) C. civ., 2003.
(3) *Disc.* 75, n. 4.

failli ni les créanciers qui le représentent, ne sont recevables à demander la nullité des actes par lui faits en qualité de mandataire : au mandant seul appartient le droit de se prévaloir de cette nullité (1).

1196. Nous avons vu que le dessaisissement du failli n'est pas une interdiction; et qu'incapable, en ce qui touche ses biens, dont il a perdu l'administration, il reste capable de contracter sur tous autres objets.

Il suit de là que rien ne s'oppose à ce que le failli puisse se livrer à une industrie, faire un commerce, entrer en société, pourvu qu'il n'expose pas, dans ces diverses entreprises, les biens dont sa faillite l'a dessaisi (2) : « Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1831 (3), que les articles 442 et 443 du Code de commerce ont pour but la conservation des droits des créanciers tels qu'ils sont fixés au jour de l'ouverture de la faillite; que si le débiteur est dépossédé de plein droit de l'administration de ses biens, c'est par la raison qu'ils sont mis directement sous la main de ses créanciers; que c'est une conséquence qu'il n'en puisse disposer, et que tous les actes de transmission faits à leur préjudice soient considérés comme nuls; mais qu'il ne s'ensuit pas que le failli soit tombé en état d'interdiction et privé des droits civils; qu'il a capacité pour se livrer à de nouvelles affaires commerciales ou autres, pourvu que ce soit avec des moyens nouveaux d'industrie et non avec des marchandises, effets ou deniers, dont il a été dépossédé par la faillite; qu'à ce moyen tous les intérêts sont conservés, puisque, si le débiteur arrive à meilleure fortune, il ajoute à la garantie de ses créanciers, et que, dans le cas contraire, il ne peut la diminuer, les biens de la faillite leur étant affectés exclusivement (4). » Straccha distingue sur ce point entre le failli frauduleux et celui qui n'est que malheureux,

(1) Cass., 21 août 1847, S., 48, 1, 33.

(2) Locré, sur l'art. 442 ; Pardessus, n. 1117 ; M. Lainné, p. 46 ; M. Renouard, t. I, p. 296.

(3) S., 31, 1, 238.

(4) Voy. dans le même sens, Cass., 8 mars 1854, S., 54, 1, 238 ; 21 février 1859, S., 59, 1, 556 ; 25 juin 1860, S., 60, 1, 858, et 12 janv. 1864, S., 64, 1, 17. V. aussi Douai, 11 nov. 1856, S., 57, 2, 306.

pour refuser au premier la capacité de faire le commerce, qu'il accorde au second (1); mais cette distinction, qui suppose toujours que la faillite entraîne ou peut entraîner une sorte d'interdiction et qui repose toujours sur les idées que les docteurs italiens s'étaient faites de la faillite (2), ne pourrait être admise aujourd'hui. Le failli frauduleux qui peut être poursuivi et condamné comme banqueroutier, comme nous le verrons plus tard, peut être privé de l'exercice des droits civils par suite de l'interdiction judiciaire dans les liens de laquelle le place la condamnation prononcée contre lui (3). Mais l'incapacité qui le frappe alors n'est pas la conséquence directe de la faillite : ce n'est que la conséquence de la condamnation à une peine emportant interdiction. Il ne saurait y avoir aujourd'hui aucune difficulté à cet égard.

1197. Mais une question plus difficile à résoudre est celle de savoir quels sont les droits des créanciers de la faillite sur les biens acquis par le failli dans le commerce ou dans l'industrie qu'il a entrepris depuis sa faillite.

Il n'est pas douteux que le dessaisissement s'appliquant, d'après l'article 443 du Code de commerce, aux biens qui viennent à échoir au failli depuis la faillite comme à ceux qu'il possédait au moment même de la faillite, les produits de l'industrie et du commerce auxquels il se livre pendant qu'il est en état de faillite, sont le gage des créanciers de la faillite. Il n'est pas douteux non plus que les biens échus au failli depuis qu'il est en état de faillite, n'étant compris dans le dessaisissement que sous la déduction des charges, les créanciers de la faillite n'ont droit qu'aux bénéfices qui appartiennent au débiteur dans les opérations nouvelles, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent prendre que ce que le débiteur aurait pris lui-

(1) *Respondit Baldus si mercatores decoxissent, litteras à mercatoribus non emanatas censeri, quoniam statum immutassent ac conditionem suam deteriorem fecissent..... Suprà scripta tamen intelligenda puto quando quis suo vitio decoxit, rationeque conturbavit, et in ipsâ decoctione fraudem admissit. Nam si fortunæ vitio propter insignem calamitatem conturbaret, nihil prohibet quin mercaturam exercere possit.* (*De mercaturâ*, part. III, n. 36.)

(2) V. *sup.*, n. 1176.

(3) *Ibid.*, n. 1003.

même s'il n'eût pas été dessaisi, puisqu'ils ne font qu'exercer les droits et actions (1).

Il suit de là que, si la personne qui a fait des avances au failli pour le mettre à même d'entreprendre un commerce ou de se livrer à une industrie, a stipulé comme condition de ces avances qu'elles seraient remboursées par privilége et préférence sur les produits de ce commerce ou de cette industrie, les créanciers de la faillite ne pourront rien prétendre dans ce produit jusqu'à ce que le remboursement soit effectué.

Il suit encore de là que, s'il a été formé une société entre le failli et un tiers, et s'il a été convenu que certaines pertes ou certaines dépenses seraient imputées sur la part du *failli*, les créanciers de la faillite ne peuvent prétendre aux bénéfices du failli que sous la déduction des prélèvements convenus (2).

Mais, tous ces prélèvements opérés, les créanciers de la faillite, c'est-à-dire ceux qui étaient créanciers du failli au jour de la faillite, ont-ils un droit exclusif aux biens que le failli a nouvellement acquis; ou bien, au contraire, sont-ils contraints d'admettre le concours des créanciers nouveaux, c'est-à-dire de ceux qui sont devenus créanciers depuis la faillite? Nonobstant un arrêt de la cour de Paris (3) qui a admis le concours des créanciers nouveaux avec les anciens et jugé que les biens qu'acquiert le failli ne sont pas le gage exclusif de ses premiers créanciers, je ne pense pas que ce concours doive avoir lieu. Aux termes de l'article 443 du Code de commerce, le failli est dessaisi de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir pendant qu'il est en état de faillite. Si cette disposition ne s'oppose pas à ce que les biens nouveaux supportent les charges qui leur sont propres, il faut

(1) Paris, 6 juillet 1855, S., 55, 2, 479. Toutefois, il y a lieu d'attribuer au failli une part rémunératoire sur les bénéfices par lui faits dans la mesure et dans les conditions des articles 469 et 474. Même arrêt. V. aussi M. Renouard, t. I, p. 297.

(2) Locré sur l'anc. art. 442 C. com.; Pardessus, n. 1117; M. Renouard, t. I, p. 296.

(3) Du 2 février 1835, S., 35, 2, 116. V. aussi Paris, 26 juin 1851, S., 51, 2, 572.

au moins reconnaître que le failli, étant dessaisi de ses biens, ne peut, en contractant des dettes, conférer à ses nouveaux créanciers aucun droit sur des biens dont il est dessaisi et dont le dessaisissement nantit les anciens par préférence et privilége. Quand les anciens créanciers sont payés, les créanciers nouveaux peuvent, sans doute, exercer leurs droits sur ce qui reste des biens, s'il en reste. Quand le failli a obtenu un concordat qui, en le remettant à la tête de ses affaires, a fait cesser le dessaisissement (1), les nouveaux créanciers peuvent se trouver sur la même ligne que les anciens. Mais jusque-là, c'est-à-dire tant que dure l'état de faillite et le dessaisissement qui en est la conséquence, les créanciers anciens priment les nouveaux. Il y aurait contradiction à admettre le dessaisissement au profit des créanciers anciens, et à autoriser les nouveaux créanciers à concourir avec les anciens comme s'il n'y avait pas de dessaisissement (2).

1198. Une des conséquences les plus remarquables du dessaisissement prononcé par l'article 443 du Code de commerce, c'est de priver le failli de l'exercice de ses actions actives et passives qui, à partir du jugement déclaratif, ne peuvent être suivies que par les syndics, ou intentées que contre eux. *Non ignoro*, dit Straccha, *decoctorem qui bonis cesserit, nec agere, nec conveniri posse* (3). — *Curatori personæ decoctæ competunt omnes actiones decocto competentes*, dit encore Casaregis (4). L'article 443 du Code de commerce n'est donc que l'expression littérale des principes admis par les anciens docteurs. Il est d'ailleurs parfaitement logique de refuser au failli, qui est privé de l'administration de ses biens, le droit d'agir pour les défendre ou pour les revendiquer. Ses actions font partie de ses biens : il ne peut donc pas plus exercer les unes qu'il ne peut disposer des autres. *Decoctus non potest agere in judicio et actiones exercere, nec actiones activas et passivas, cùm amisit*

(1) V. *inf.*, § 4.

(2) M. Renouard, t. I, p. 294 et suiv. ; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 75.

(3) *De decoct.*, part. III, n. 14.

(4) *Disc.* 209, n. 17.

et dominium et proprietatem suorum bonorum, interim pendente judicio concursûs, retinere (1).

Et comme nous avons vu tout à l'heure que les profits faits par le failli dans l'industrie à laquelle il se livre depuis le jugement déclaratif sont compris dans le dessaisissement et appartiennent à ses créanciers, il semble que les actions actives et passives relatives à ses profits devraient comme ces profits eux-mêmes appartenir à la masse ou aux syndics qui la représentent (2). Cependant la jurisprudence est contraire, et il a été jugé que le failli qui, bien que dessaisi de l'administration de ses biens, n'en a pas moins la capacité de contracter et de se livrer à une industrie, peut agir en justice seul et sans l'intervention du syndic, en payement des sommes qui lui sont dues à raison des actes auxquels il s'est livré postérieurement à sa faillite, ou pour faire consacrer ou pour défendre les droits qu'il a pu acquérir (3).

1199. Il y a d'ailleurs cette similitude entre les effets généraux du dessaisissement appliqué à tous les biens, et les effets particuliers du dessaisissement relatif à l'exercice des actions, que, de même que le dessaisissement ne s'applique qu'aux biens du failli, de même la privation du droit d'exercer les actions ne s'applique qu'aux actions relatives aux biens. Le failli conserve donc le droit d'exercer les actions qui ont pour objet les droits attachés à sa personne (4), comme dans le cas d'opposition au jugement déclaratif de la faillite (5), ou d'une demande en séparation de corps ou en séparation de biens, ou d'une demande pour obtenir justice et réparation d'inculpation de nature à porter atteinte à sa considération personnelle (6) : sauf aux syndics le droit de surveillance ou de tierce-opposition dans l'intérêt de la masse (7).

(1) Roccus, *De decoct.*, note 97, n. 283.

(2) M. Renouard, t. I, p. 297.

(3) Cass., 8 mars 1854, S., 54, 1, 238 ; 21 fév. 1859, S., 59, 1, 556 ; 25 juin 1860, S., 60, 1, 858, et 12 janvier 1864, S., 64, 1, 17. V. aussi Douai, 11 nov. 1856, S., 57, 2, 306.

(4) C. civ., 1166.

(5) C. com., art. 580.

(6) V. l'arrêt précité du 21 fév. 1859. V. aussi Cass., 17 juin 1865. S., 65, 1, 363.

(7) Pardessus, n. 1117 ; Lainné, p. 47 ; M. Renouard, p. 305 et suiv.

Il a même été jugé que le failli a qualité pour demander, seul et en son nom, une indemnité à titre de locataire d'une maison dont il a été exproprié pour cause d'utilité publique (1).

1200. Du reste, même dans les instances qui ne peuvent être suivies que par les syndics, ou qui ne peuvent être intentées que contre eux, l'article 443 du Code de commerce donne au failli le droit d'intervenir dans tous les cas où les tribunaux jugeront convenable d'accueillir son intervention. Cette disposition nouvelle met fin à la divergence qui existait, sous l'empire du Code de commerce de 1808, entre ceux qui voulaient que le failli ne pût intervenir qu'autant que ses droits étaient compromis par les syndics, ou lorsqu'il avait des moyens particuliers non employés par eux, et ceux qui accordaient dans tous les cas au failli un droit absolu d'intervention.

Le droit du failli d'intervenir dans les instances où il est représenté par le syndic n'est donc pas absolu : les tribunaux peuvent rejeter son intervention quand ils ne jugent pas convenable de l'admettre (2).

1201. Le failli, quoique privé de l'exercice de ses actions, peut néanmoins faire des actes conservatoires, interjeter appel (3), interrompre une prescription (4), produire à un ordre (5). Seulement, c'est aux syndics à suivre l'instance sur ces actes, sauf au failli à intervenir et à la suivre lui-même si ceux-ci par leur inaction compromettaient ses intérêts.

1202. Pour compléter le dessaisissement du failli et le mettre hors d'état de disposer des biens dont l'administration lui est retirée, le législateur a prescrit deux mesures qui, l'une et l'autre plus ou moins facultatives, sont mises à la disposition des juges afin de leur donner tous les moyens d'assurer l'exercice des droits dévolus aux créanciers. Ces mesures sont l'ap-

(1) Cass., 16 août 1852, S., 53, 1, 16.
(2) Cass., 25 fév., 1862, S., 62, 1, 233.
(3) Lyon, 25 août 1828, S., 9, 2, 144; D., 28, 2, 207. Paris, 2 mars 1853, S., 53, 2, 229.
(4) Poitiers, 29 janvier 1829, Dalloz, v° *Faillite*, n. 206.
(5) Rennes, 22 mars 1865, S., 65, 2, 335.

position des scellés au domicile du failli et l'arrestation de sa personne.

Par le même jugement qui déclare la faillite, le tribunal ordonne l'apposition des scellés (1). Cette apposition a lieu sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, papiers, livres, meubles et effets du failli (2). En cas de faillite d'une société, les scellés sont apposés, non-seulement dans le siége principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires (3). S'il n'y avait pas d'associés solidaires, c'est-à-dire, si la société était anonyme, les scellés ne pourraient être apposés que sur les établissements, magasins et effets qui appartiennent à cette société.

Le juge de paix qui est chargé de faire cette apposition, sur le vu de l'expédition du jugement du tribunal de commerce, peut même y procéder, soit avant tout jugement, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou de plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de disparition du débiteur, ou de détournement de tout ou partie de l'actif (4).

Si le juge-commissaire chargé de la surveillance de la faillite estime que l'actif du failli peut être inventorié en un seul jour, il n'est point apposé de scellés, et il est procédé de suite à l'inventaire dans la forme prescrite par les articles 490 et suivants du Code de commerce (5).

1203. En même temps que le tribunal déclare la faillite et ordonne l'apposition des scellés, il peut prescrire le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par gendarme. Cette mesure, qui est à la fois répressive et préventive, répressive en ce qu'elle est une peine, préventive en ce qu'elle a pour but, en privant le failli de sa liberté, de lui enlever les moyens de nuire à ses créanciers, était forcée sous l'empire du Code de commerce de 1808. La rigueur de

(1) C. com., 455.
(2) *Ibid.*, 458.
(3) *Ibid.*
(4) *Ibid.*, 457.
(5) *Ibid.*, 455, Cass., 13 fév. 1858, S., 55, 1, 357.

cette règle était due aux instances de l'empereur Napoléon I[er], qui, persistant à voir dans le failli un coupable présumé, avait voulu qu'on commençât par le mettre en prison, sauf à le mettre ensuite en liberté quand il se serait justifié. Mais cette sévérité extrême, qui se trouvait en contradiction avec la réalité des choses, avait eu pour résultat l'inexécution de la loi, qui n'était jamais appliquée quand la faillite ne présentait pas des indices de mauvaise foi ou de fraude. La loi nouvelle du 8 juin 1838 s'est donc rapprochée de la vérité et a obéi à une nécessité démontrée par l'expérience, quand elle dispose, par son article 456, que, lorsque le failli se sera conformé aux articles 438 et 439, en déclarant lui-même au greffe du tribunal sa cessation de payements, et en déposant son bilan, et qu'il ne sera point, au moment de sa déclaration, incarcéré pour dettes ou pour toute autre cause, le tribunal pourra l'affranchir du dépôt ou de la garde de sa personne.

Il y a plus, lorsque l'incarcération a eu lieu, le juge-commissaire peut, d'après l'état apparent des affaires du failli, proposer sa mise en liberté avec sauf-conduit provisoire de sa personne. Si le tribunal accorde le sauf-conduit, il pourra obliger le failli à fournir caution de se représenter, sous peine de payement d'une somme que le tribunal arbitrera, et qui sera dévolue à la masse (1). A défaut par le juge-commissaire de proposer un sauf-conduit pour le failli, ce dernier peut le demander lui-même au tribunal (2).

1204. Aux termes de l'article 455 du Code de commerce, lorsque le tribunal a ordonné l'arrestation du failli, il ne peut être reçu, contre lui, ni écrou ni recommandation pour aucune espèce de dettes soit antérieures, soit postérieures à la faillite (3). Mais cette disposition est devenue sans objet depuis la suppression de la contrainte par corps en matière civile et de commerce.

1205. Le dépôt ou la garde auxquels le failli aurait été

(1) C. com., 472.

(2) *Ibid.*, 473.

(3) Lyon, 16 mai 1851, S., 51, 2, 57? ; Paris, 29 nov. 1858 et 19 fév. 1859, S., 59, 2, 291.

soumis par le jugement déclaratif de la faillite, et qui auraient été maintenus, cessent de plein droit dès que les créanciers reprennent l'exercice de leurs actions individuelles par suite de la dissolution de la masse après la clôture de l'union, les effets du recours collectif, exercé aux nom d'une masse qui n'existe plus, doivent cesser en même temps que cette masse. La divergence qui existait sur ce dernier point, dans la jurisprudence, sous l'empire des dispositions du Code de commerce de 1808, provenait précisément de ce qu'aucune disposition de ce Code ne statuait sur le point de savoir si, après la clôture de l'union, les créanciers rentraient dans l'exercice de leurs droits et de leurs actions individuelles : question alors controversée (1), mais qu'a résolue affirmativement l'article 539 de la loi nouvelle (2).

1206. Pour compléter les notions relatives à la position exceptionnelle dans laquelle la faillite place le débiteur, il nous reste à passer en revue certains effets accessoires qui affectent sa capacité civile et politique. Ici il ne s'agit plus de la conservation des biens du failli, ni de l'intérêt de ses créanciers, mais de l'exercice d'une sorte de vindicte publique.

1207. Aux termes de l'article 5 de la constitution de l'an VIII, « l'exercice des droits de citoyen français était suspendu par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli..... » Cette disposition reproduisait celles des articles 5, 6 et 7 de la loi du 22 décembre 1789, desquels il résultait que les banqueroutiers, faillis, débiteurs insolvables et leurs enfants ne pouvaient être admis dans les assemblées primaires, ni devenir ou rester membres soit de l'Assemblée nationale, soit des assemblées administratives, soit des municipalités ; et de la constitution de 1791, dont l'article 5 du titre III, chapitre Ier, section II, excluait de l'exercice des droits de citoyen actif ceux qui, après avoir été constitués en état de faillite ou d'in-

(1) Pardessus, n. 1268 ; M. Lainné, *Des faillites*, p. 331.

(2) Pour la cessation de l'emprisonnement, voy. Cass., 9 mai 1814, S., 4, 1, 560 ; pour sa continuation, Cass., 9 nov. 1821, S., 7, 1, 554.

solvabilité prouvée par pièces authentiques, ne rapportaient pas un acquit général de leurs créanciers. Elle a été considérée comme étant encore en vigueur longtemps après que la constitution de l'an VIII avait cessé d'exister (1); mais je la crois abrogée par les différentes lois électorales qui se sont succédé depuis 1848 et qui toutes se sont occupées de l'état politique du failli. Et aujourd'hui, il résulte des articles 15, 27 et 28 du décret du 2 février 1852 que les faillis non réhabilités ne sont ni électeurs ni éligibles. Quant aux héritiers, il suit de l'abrogation de l'article 5 de la constitution de l'an VIII, qu'ils ne sont plus atteints par aucune incapacité (2).

Rien ne s'oppose non plus aujourd'hui à ce qu'un failli fasse le service de la garde nationale : la loi du 22 mars 1831 n'excluait que les banqueroutiers ; le décret du 11 janvier 1852 n'exclut que les Français privés de l'exercice de leurs droits civils (3).

1208. De ce que le failli conserve l'exercice des droits civils, il suit qu'il peut être témoin instrumentaire dans un acte authentique (4), tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille (5). Il n'y a aucune contradiction à ce que le failli, qui ne peut pas administrer ses biens, puisse administrer ceux des autres, puisque nous avons déjà vu que le dessaisissement n'a pour cause que l'intérêt des créanciers, et non une incapacité inhérente à la personne même du failli qui conserve l'administration des biens de son conjoint ou de ses enfants (6).

1209. Aux incapacités qui précèdent, il faut ajouter celle d'ouvrir un théâtre, pour tout entrepreneur qui a fait fail-

(1) Cass., 9 juillet 1832, S., 32, 1, 528 ; D., 32, 1, 304 ; et 6 août 1838, S., 39, 1, 139.

(2) M. Renouard, t. II, p. 305 ; MM. Bravard et Demangeat, t. VI, p. 200.

(3) Cass., 25 juillet 1839, D., 39, 1, 365.

(4) Cass., 10 juin 1824, S., 7, 1, 474 ; Pardessus, n. 1373 ; M. Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Témoins instrum.*, n. 16. — En sens contraire, V. Rouen, 13 mai 1839, S., 39, 2, 246 ; M. Renouard, t. II, p. 506.

(5) Bruxelles, 14 août 1843, D., 34, 2, 143. En sens contraire, Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 69 ; M. Renouard, t. I, p. 805.

(6) V. *sup.*, n. 1184.

lite (1), celle d'être admis à l'escompte de la Banque de France (2), enfin, la prohibition d'entrée à la Bourse, prononcée par un arrêt du conseil du 12 avril 1766, reproduite par l'ancien article 614 du Code de commerce, et maintenue par le nouvel article 613, qui, obéissant à d'anciennes préventions, s'est fait l'instrument d'une rigueur inutile et sans objet.

L'article 83 du Code de commerce défend encore de nommer un failli agent de change ou courtier. Cette disposition est la conséquence de celle qui lui interdit l'entrée de la Bourse.

1210. Le dessaisissement qui atteint le failli, les incapacités qui le gênent, cessent de plusieurs manières, dans le détail desquelles nous entrerons après avoir examiné les effets rétroactifs de la déclaration de faillite sur le temps qui s'est écoulé entre la cessation de payements et le jugement déclaratif. Je renvoie aussi après cet examen l'indication sommaire des règles qui président à l'administration de la faillite.

§ II. — *Des effets de la faillite relativement aux actes antérieurs au jugement déclaratif.*

SOMMAIRE. — 1211. Effets de la faillite sur les actes antérieurs. Systèmes différents. — 1212. Historique de la législation. Ancien droit italien. — 1213. Ancien droit français. — 1214. Nouveau droit. Code de commerce de 1808. — 1215. Loi du 10 juin 1838. — 1216. Système de cette loi. — 1217. Nullité des dispositions à titre gratuit. — 1217 *bis*. Des donations par contrat de mariage. — 1218. *Quid* des dispositions à titre onéreux? — 1219. *Quid* des hypothèques ou des priviléges conférés depuis la cessation de payements? — 1219 *bis*. *Quid*, du privilége du bailleur? — 1220. Inscription des priviléges ou hypothèques antérieurement acquis. — 1221. Payements. Distinctions entre les dettes échues et les dettes non échues. — 1222. Payement des dettes non échues. — 1222 *bis*. Dette résultant d'une escroquerie. — 1223. Payement par compensation. Renvoi. — 1224. En quelles valeurs peut avoir lieu le payement des dettes échues. — 1225. Validité de tous autres actes. — 1226. Exceptions pour les actes faits en fraude des droits des créanciers. — 1227. Du cas où celui qui a traité avec le failli avait connaissance de la cessation de payements. — 1228. Du payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. — 1229. Par qui peuvent être invoquées les nullités qui précèdent. — 1230. Transition au paragraphe suivant.

(1) Décr. 8 juin 1806.
(2) Décr. 16 janvier 1808.

1211. C'est un point qui a toujours été fort embarrassant pour les législateurs et les jurisconsultes que la détermination des effets de la faillite sur les actes antérieurs à la déclaration de faillite ou à la cessation de payements. A cet égard, deux systèmes se sont trouvés en présence : l'un, fort absolu, qui, faisant remonter les effets de la faillite du jour où elle a éclaté jusqu'à l'époque où les affaires du débiteur ont commencé à se déranger; qui, réputant le failli aussi incapable pendant ce temps intermédiaire que pendant celui qui suit la faillite, annule également les actes antérieurs et les actes postérieurs; l'autre qui, tout en reconnaissant que les actes faits par le débiteur dans un temps voisin de l'éclat de sa faillite, peuvent ne pas être exempts de fraude, et que la fraude peut même être quelquefois présumée, ne les annule que suivant les circonstances, ou en ayant égard à leur nature et aux effets qu'ils sont destinés à produire.

1212. De ces deux systèmes, le premier a longtemps prévalu : les anciens jurisconsultes italiens s'y étaient rattachés. Casaregis et tous les docteurs de son temps annulaient tous les actes faits par le commerçant près de faillir, et ne mettaient aucune différence entre lui et le commerçant qui était déjà en faillite : *Inter decoctum et esse proximum decoctioni, in jure nulla adest differentia nullaque intercedit inter eos distinctio* (1). Roccus, après avoir posé le principe de la nullité des actes faits par le failli, en étendait sans hésiter l'application aux actes faits par le failli dans un temps voisin de sa faillite : *In proximo decoctioni procedunt etiam omnia supra dicta; siquidem mercatores cum jam conturbandi consilium inierunt se aliquibus creditoribus gratiosos reddere volunt ; undè solvunt vel contrahunt, vel debitores liberant, vel merces emunt habitâ fide de pretio : quibus in casibus omnia acta per eos gesta præsumuntur plena fraudibus et simulata et cum dolo gesta ex decoctionis proximitate* (2). Mais il était facile de voir que ce système si entier, dont l'avantage était d'offrir une règle générale, uni-

(1) *Disc.* 75, n. 2.

(2) Roccus, *De decoct.*, note 36, n. 108. — Voy. aussi Straccha, *De decoct.*, part. III, n. 30 et suiv.

forme et inflexible ; qui, loin de se plier aux circonstances, forçait au contraire les circonstances à subir sa loi, péchait précisément par ce qui en faisait tout le mérite; et que le système contraire qui n'annulait les actes antérieurs à la faillite que lorsqu'ils étaient entachés de fraude, tout en présentant plus de difficultés dans l'application, conduisait à des résultats plus équitables.

Du reste, sous l'empire des législations et des doctrines antérieures au Code, il y avait, quel que fût le système qu'on adoptât, une autre difficulté. Ni ces législations, ni ces doctrines ne reconnaissant la nécessité d'un jugement déclaratif, l'ouverture de la faillite se déterminait d'elle-même par la présence d'actes extérieurs plus ou moins précis, et le juge, n'ayant pas à intervenir, n'avait pas la faculté de déterminer la date antérieure de la cessation de payements. De là naissait la question de savoir jusqu'à quelle époque devaient rétroagir les effets de la faillite. Il ne suffisait pas de dire qu'il n'y avait aucune différence entre le négociant failli et celui qui était près de faillir ; car restait toujours à savoir ce qu'il fallait entendre par un commerçant près de faillir, *proximus decoctioni ;* et là-dessus les docteurs étaient loin de s'entendre, *et in hoc multum discrepant doctores*, disait Casaregis (1). Les uns fixaient à dix jours le temps antérieur à l'état de la faillite pendant lequel le commerçant était assimilé à celui dont la faillite avait déjà éclaté ; les autres portaient ce délai à quinze jours ; d'autres, au contraire, le réduisaient à quatre ou à six jours (2) ; ceux-ci n'annulaient les actes faits par le failli que lorsque la faillite avait immédiatement suivi (3); ceux-là les annulaient lorsqu'il ne s'était écoulé que deux ou trois jours (4);

(1) *Disc.* 75, n. 5.

(2) *Alii volunt eum intelligi debere decoctum qui intra decem dies à celebratione contractûs, aut negotii ab eo gesti foro cesserit ; alii hoc idem tempus ampliant usque ad dies quindecim ; alii illud abbreviant usque ad quatuor aut sex dies* (Casaregis, *ibid.*).

(3) Menochius, *De præsumpt.*, lib. V, *præs.* 3, n. 111 ; Rote de Gênes, *Decis.* 83, n. 12.

(4) Straccha, *De decoct.*, part. III, n. 30 ; Balde, vol. I, cons. 400. — Le passage suivant, de Roccus, fait bien connaître la divergence des opinions et les embarras qui en résultaient : « *Tempus decoctioni proximum quæritur,*

enfin après avoir cherché à poser une règle, les docteurs étaient obligés de convenir qu'il n'y en avait pas, et d'abandonner la solution de la question à l'arbitraire des tribunaux (1); et même, dans le cas où les statuts locaux avaient déterminé un délai antérieur pendant lequel l'imminence de la faillite était assimilée à la faillite, ils allaient jusqu'à reconnaître que cette détermination n'interdisait pas aux juges la faculté d'annuler des actes antérieurs à ce délai, s'ils leur paraissaient faits à raison de l'imminence de la faillite, et par un commerçant près de faillir. *Verumtamen est quod in aliquibus locis et civitatibus, per statuta dispositum quod omnes contractus, sive negotia censeri debeant nulla et invalida, quæ facta fuissent à mercatore intrà certum et determinatum tempus antè ejus decoctionem; sed non propterea deducitur quod per hæc statuta derogatum fuerit dispositioni juris communis in omnibus aliis casibus, in quibus etiam antè hoc tempus statutorum, mercatores apparent proximè decocturi, propter eorum magna debita sine spe ea in posterum extinguendi* (2) : solution qui reposait sur ce principe incontestable que, lorsque la loi établit pour un certain cas, soit une présomption, soit un mode de preuve plus facile, elle n'exclut pas, soit pour ce cas, soit pour les cas analogues, les autres modes de preuves admis par le droit commun : *Cum indubitati juris sit, quod quando per statuta inducta fuit aliqua præsumptio, sive modus facilioris probationis*

quantum sit ad præsumendam fraudem et inducendam actûs nullitatem; alii dicunt opus esse ut immediate sequatur decoctio; alii intelligunt quod sit de propinquo : alii dicunt quod paulo post mercator decoxerit; alii autem tempus prædictum expresserunt per biduum vel triduum ante decoctionem. Rota Genuensis dixit quod infra dies quindecim ante rupturam actus facti non tenent (Décis. 181); *et tandem quod infra quatuordecim dies secuta sit decoctio, dicatur tempus breve, et fraus colligatur, dixit Rota Romana; et licet Gratianus* (*Discept. forens.*, cap 391, t. II, n. 9 et seqq.), *probet quod tempus duo et vigenti dierum, antequam decoctio fuerit publicata, non sit tempus breve et scripsit pro validitate actûs, ego obtinui pro nullitate actûs facti per undecim dies ante decoctionem* (*De decoct.*, note 37, n. 108 et suiv.).

(1) *Hanc tamen quæstionem omnes communiter decidendam relinquunt arbitrio judicis, cum ejusdem decisio ut plurimum dependet à casuum circumstantiis.* Casaregis, *ubi sup.*, *n.* 6.

(2) Casaregis, *Disc.* 75, n. 7.

in uno casu, non per hoc intelligatur prohibitum aliud genus probationis à jure communi permissum (1).

1213. En France, les premiers actes législatifs échappèrent à la solution de la difficulté en évitant de s'en occuper. Un édit de Henri IV, du mois de mai 1609, annulait « tous transports, cessions, donations, ventes et aliénations faites aux enfants et héritiers présomptifs ou aux amis du débiteur », sans d'ailleurs déterminer le temps dans lequel ces actes devaient être faits pour encourir la peine de la nullité ; et l'article 4 de l'ordonnance de 1667, au titre des faillites et banqueroutes, en déclarant nuls « tous transports, cessions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers, » se bornait à rappeler un principe général et de droit commun, qui n'a rien de particulier au cas de faillite, et dont les créanciers peuvent en toute matière et en tout temps se prévaloir (2). Cependant un règlement particulier fait le 2 juin 1667, pour la ville de Lyon, avait été plus loin. L'article 13 de ce règlement portait que « toutes cessions et transports sur les effets des faillis seraient nuls s'ils n'étaient faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ».

C'était là une réminiscence des doctrines italiennes qui, presque toujours, avant de pénétrer dans le reste de la France, s'acclimatèrent à Lyon, où des relations actives avec les ultramontains entretenaient le commerce non moins productif des idées. Cette disposition, qui avait l'avantage de faire sortir la faillite du droit commun, pour la placer sous l'empire du droit exceptionnel qu'appelle nécessairement la position exceptionnelle du commerçant qui cesse ses payements, fut plus tard généralisée et appliquée à toute la France, par une déclaration du 18 novembre 1702, qui porte que « toutes actions et transports sur les biens des marchands qui font faillite, sont nuls et de nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue; comme aussi

(1) Casaregis, *Disc.* 75, n. 8.

(2) V. *ff.* lib. XLII, tit. VII, *Quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.* — Domat, liv. II, tit. X, sect. I; Code civ., art. 1167.

que les actes et obligations qu'ils passent devant notaires au profit de quelques-uns de leurs créanciers, et pour contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui sont rendues contre eux, n'acquièrent aucune hypothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne sont passés, et si lesdites sentences ne sont rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. »

1214. Cette déclaration, qui consacrait le système absolu d'annulation de tous les actes faits dans un temps voisin de la faillite, devint le droit commun de la France, jusqu'au Code de commerce de 1808. Ce Code apporta à cet égard de profondes modifications dans la législation. Mais il est à croire que ses auteurs ne se rendirent pas un compte bien exact des innovations dont ils avaient senti le besoin. C'est ainsi que, d'un côté, ils introduisaient la nécessité d'un jugement déclaratif de la faillite, avec faculté pour le tribunal d'en reporter l'ouverture à une date antérieure au jugement, et faisaient remonter le dessaisissement du failli jusqu'au jour de la faillite ainsi reportée, ce qui était adopter le système d'annulation nécessaire et de plein droit des actes antérieurs ; tandis que, d'un autre côté, ils établissaient, en ce qui touchait les actes faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, des distinctions et des catégories, suivant lesquelles les uns étaient nuls de plein droit, et les autres présumés frauduleux quant au failli, ou annulables si la fraude était prouvée (1).

Dans ces dispositions sinon contradictoires, du moins fort peu homogènes, les deux systèmes se trouvaient en présence. Le système absolu de l'annulation générale gouvernait les actes postérieurs à la date à laquelle était reportée l'ouverture de la faillite, tandis que le système beaucoup plus doux, qui tient compte de la nature des actes et des circonstances, gouvernait les actes faits dans les dix jours qui précédaient cette ouverture.

Les difficultés les plus graves résultèrent de ces dispositions ; et les tribunaux auxquels il répugnait d'appliquer les

(1) C. com., art. 441 et suiv., anciens.

effets rigoureux du dessaisissement jusqu'au jour auquel la faillite avait été reportée, altérèrent plus d'une fois le sens naturel du Code, en ne faisant partir les effets du dessaisissement qu'à dater du jugement déclaratif, ce qui permettait de maintenir les actes antérieurs faits de bonne foi entre le failli et ses créanciers (1). Et il faut bien reconnaître que cette entente de la loi, quelque conforme qu'elle fût aux règles de la justice et de l'équité, consacrées d'ailleurs par les dispositions relatives aux actes faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, n'en était pas moins contraire au sens évident et logique des dispositions qui, en donnant un effet rétroactif au dessaisissement, avaient pour résultat d'annuler, pour défaut de capacité du failli, tous les actes qu'il avait faits à partir de l'époque où il avait été dessaisi. Mais cet effet rétroactif n'était qu'une fiction légale, et l'esprit répugne toujours à admettre les fictions qui ont pour résultat de consacrer une injustice. Si, en matière civile, les fictions sont acceptées avec une certaine facilité, il n'en est pas de même en matière commerciale, où l'on s'attache beaucoup plus à la réalité et à l'équité relatives, dans chaque cas donné, qu'aux règles générales dont l'équité abstraite peut devenir une injustice dans leur application aux espèces particulières.

Du reste, il était fort inutile que le Code de 1808 s'occupât d'un délai de dix jours antérieur à l'ouverture de la faillite, pendant lequel les actes faits par le failli se trouvaient astreints à des règles particulières. Sous l'empire de l'ancienne législation qui n'admettait pas la nécessité d'un jugement déclaratif, ni, conséquemment, la faculté pour les tribunaux de reporter l'ouverture de la faillite à une date antérieure à celle du jugement déclaratif ; où l'ouverture de la faillite prenait date du jour où elle était *publiquement connue* (2), on concevait la fixation d'un délai uniforme de dix jours antérieur à celui

(1) Voy. Cass., 16 mai 1815, S., 5, 1, 52 ; 22 juillet 1823, S., 7, 1, 297 ; 7 mars 1827, S., 8, 1, 543 ; D., 27, 1, 178 ; 13 mai 1829, S., 9, 1, 289 ; D., 29, 1, 215.

(2) Décl. de 1702.

de la connaissance publique, pendant lesquels le commerçant près de faillir, *proximus decoctioni*, était assimilé au failli. Mais, lorsqu'au contraire, les juges appelés à déclarer la faillite ont la faculté d'en reporter l'ouverture à la date qui leur convient, et qui leur paraît nécessaire pour atteindre les actes faits par le failli, dans la prévision de sa faillite prochaine, sans être arrêtés par aucune limite de temps autre que la prescription, on ne comprend plus ce que veut dire le délai de dix jours. Pour se l'expliquer, il faut se rappeler que la formalité du jugement déclaratif n'ayant été introduite que dans la discussion au Conseil d'État, et par amendement (1), cette innovation ne s'est pas trouvée en harmonie avec les autres dispositions combinées dans le système d'une faillite dont la date n'était déterminée que par la notoriété publique ou par certains actes extérieurs.

1215. C'est en cet état de choses que, sous le gouvernement de juillet, fut présenté aux Chambres le projet d'une nouvelle loi sur les faillites. Ce projet abandonnait le système de la nullité absolue et de plein droit; car, tout en permettant aux tribunaux de reporter la faillite ou la date de la cessation de payements à une date antérieure à celle du jugement déclaratif, il ne faisait partir le dessaisissement que de ce jugement; d'où la conséquence que si les actes par lesquels le failli avait disposé de ses biens dans le temps intermédiaire au jour de sa cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, et au jugement déclaratif lui-même, pouvaient être annulés, ce n'était pas pour cause d'incapacité de la part du failli, mais pour des raisons particulières puisées dans les circonstances ou dans la nature des actes.

Il ne faut pas s'étonner si la discussion de ce projet, dans les deux Chambres, se ressentit de la confusion qui régnait depuis longtemps dans les idées. Les uns voulaient que tous les actes passés par le failli depuis la cessation de ses payements, dont la date était fixée par le jugement déclaratif, fussent nuls sans distinction; les autres, effrayés par cette

(1) Voy. *sup.*, n. 1167.

tendance à exagérer les effets de la faillite sur les actes antérieurs à la déclaration, voulaient qu'on ne pût faire remonter la faillite, ceux-ci à plus d'un mois, ceux-là à plus de vingt-quatre heures ; les uns voulaient que les actes antérieurs fussent présumés frauduleux, jusqu'à preuve contraire ; les autres, qu'ils fussent présumés faits de bonne foi. Enfin, toutes ces prétentions absolues dont l'adoption, en généralisant des règles faites pour des faits essentiellement variables, devait conduire à des résultats nécessairement contraires à l'équité, se sont peu à peu modifiées; et de la discussion est sorti le Code actuel dont les dispositions, conformes au principe du projet, distinguant avec soin l'époque de la déclaration judiciaire de la faillite de celle de la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, ne font partir le dessaisissement que de ce jugement; n'annulent nécessairement que certains actes évidemment frauduleux ou contraires au principe d'égalité qui doit faire la loi de tous les créanciers, et valident tous les autres actes tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils ont été faits de mauvaise foi ou dans certaines circonstances déterminées. Cette combinaison, qui s'éloigne d'une rigueur excessive sans pouvoir encourir le reproche de trop de tolérance, me semble de nature à garantir et à satisfaire tous les intérêts. On a maintenu, il est vrai, dans la loi nouvelle, plutôt par habitude que par réflexion, l'addition du délai de dix jours, malgré son inutilité en présence de la faculté donnée aux juges de fixer rétroactivement la date de la cessation de payements. Mais si c'est un inconvénient, il a peu d'importance : cela prouve seulement que les auteurs de la loi ne se sont jamais rendu suffisamment compte du système différent des lois nouvelles et des lois anciennes, et, conséquemment, des causes qui dans l'origine avaient porté le législateur à déterminer un délai antérieur à l'éclat de la faillite, une sorte de report légal, pendant lequel le failli se trouvait atteint d'une incapacité semblable à celle que produisait le fait postérieur de sa faillite.

Entrons maintenant dans le détail des dispositions dont nous venons d'exposer l'ensemble et l'esprit général.

1216. Si, après le jugement déclaratif de la faillite, le failli dessaisi de l'administration de ses biens se trouve dans l'impossibilité de nuire à ses créanciers, qui peuvent toujours faire annuler, pour cause d'incapacité, les actes qui leur causent préjudice, on comprend qu'il en est autrement avant le jugement déclaratif, puisque, saisi de fait et de droit de l'administration de ses biens, aucune incapacité, proprement dite, ne l'a empêché d'en disposer. Néanmoins, on comprend aussi que, dans le temps intermédiaire à la déclaration de faillite et à la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, le failli n'est pas dans un état normal; sa faillite aurait pu et dû être déclarée s'il avait lui-même déclaré sa cessation de payements, comme la loi lui en faisait un devoir (1), ou si ses créanciers l'avaient provoquée (2). La cessation de payements dont la date est fixée par le jugement déclaratif est donc un fait dont il est impossible de ne pas tenir compte, et qui exerce une influence décisive sur la valeur des actes consentis sous l'empire de ce fait. Ce fait vient donner une portée et une force toutes nouvelles à un principe de droit commun, qui, par sa combinaison avec un principe spécial à la matière des faillites, produit des effets particuliers à cette matière tout exceptionnelle. Le principe de droit commun est celui qui permet aux créanciers de faire annuler des actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (3); le principe spécial est celui qui fait passer tous les créanciers d'un failli sous le niveau de l'égalité, et qui ne permet pas à l'un d'eux de faire sa position meilleure aux dépens de celle des autres. De la combinaison de ces deux principes, il résulte que tous les actes passés depuis la cessation de payements peuvent être nuls, relativement à la masse, soit comme faisant fraude aux droits des créanciers, soit comme rompant l'égalité; et que la fraude peut même résulter, suivant les cas, de la seule intention de rompre cette égalité.

1217. Il suit de là que le débiteur qui dispose de ses biens

(1) C. com., 438.
(2) *Ibid.*, 440.
(3) C. civ., 1167.

mobiliers ou immobiliers, à titre gratuit, après sa cessation de payements (ou dans les dix jours qui la précèdent), diminuant sans aucune compensation le gage de ses créanciers, au moment même où ils vont être appelés à exercer leurs droits sur ce gage, fait un acte essentiellement frauduleux, puisqu'il favorise des tiers au préjudice de ses créanciers et dans la seule intention de leur nuire. *Nemo liberalis, nisi liberatus*. Tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière, à titre gratuit, sont donc nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque. Telle est la disposition textuelle de l'article 446 du Code de commerce (1).

1217 *bis*. Cette nullité s'étend aux donations par contrat de mariage ou en vue du mariage faites à l'un des futurs conjoints. Sans doute ces donations peuvent à certains égards avoir le caractère d'actes à titre onéreux, surtout vis-à-vis des époux à qui elles sont faites pour les aider à supporter les charges du mariage. Aussi n'y a-t-il aucune objection à élever contre la jurisprudence qui n'annule ces donations comme faites en fraude des droits des créanciers, et par application de l'article 1167 du Code civil, qu'autant que les créanciers établissent la mauvaise foi du mari ou de la femme donataire. Mais il en est autrement quand il s'agit de faire prononcer la nullité d'une constitution dotale en vertu de l'article 446 du Code de commerce, et non plus en vertu de l'article 1167 du Code civil. L'article 446 a voulu, sans qu'il y eût aucune fraude à prouver, atteindre tous les actes à titre gratuit d'une manière générale et sans distinction parceque à la différence des actes à titre onéreux ils font sortir une valeur de l'actif du débiteur sans que rien y entre en compensation de ce qui en sort. Peu importe à ce point de vue que la donation faite à l'occasion d'un mariage impose certaines obligations au

(1) Straccha, *De decoct.*, part. III, n. 9. — *Decoctus, seu decoctioni proximus, nihil agere potest in præjudicium suorum creditorum.* Casaregis, *Disc.* 135, n. 4.

donataire (1), et même dans une certaine mesure au donateur (2). Ce n'en est pas moins vis-à-vis des créanciers qui invoquent la disposition absolue de l'article 446 une disposition à titre gratuit de la part du constituant, qui est atteinte dès lors par la nullité absolue et de plein droit établie par cet article (3).

1218. Quant aux actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière, à titre onéreux, il est évident qu'ils ne sauraient être régis par les mêmes règles, puisque, le débiteur recevant une valeur en échange de ce qu'il donne, le contrat n'est pas nécessairement frauduleux pour les créanciers qui peuvent retrouver dans l'actif de leur débiteur l'équivalent de ce qui en est sorti. Et lors même que l'équivalent ne se trouverait plus dans l'actif du débiteur qui l'aurait dissipé, l'acquéreur qui aurait payé dans l'ignorance de la cessation de payements, serait nécessairement protégé par sa bonne foi. C'est ce qu'on avait très-bien compris, même dans des temps où la présomption de fraude était admise contre les faillis avec beaucoup plus de rigueur qu'aujourd'hui : et le statut de Florence validait les actes à titre onéreux, faits sans fraude et selon les usages du commerce, par celui dont la faillite était prochaine (4).

Il en doit être de même aujourd'hui ; cela résulte d'abord de l'article 446 du Code de commerce, qui n'annule que les actes translatifs de propriété à titre gratuit; de l'article 447, qui porte que tous actes, à titre onéreux, passés par le débiteur après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite, peuvent être annulés si, de la part

(1) Art. 1540, C. civ.

(2) Art. 1517, C. civ.

(3) Pardessus, t. IV, p. 283 ; M. Bédarride, *Des faillites*, n. 107 ; Dalloz, v° *Faillites*, n. 277 ; M. Pont, *Contrat de mar.*, t. I, n. 125 ; MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 218 ; Caen, 7 mars 1870, D., 70, 2, 97.— V. en sens contraire M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 367, et Cass., 25 fév. 1845, S., 45, 1, 417. Notons que cet arrêt rendu sous l'empire de l'ancien article 444 C. com., a fait régir la question, bien qu'il y eût faillite, par l'art. 1167, C. civ.

(4) ..... *Valere venditiones, emptiones, permutationes, aliæque alienationes factæ sine fraude, juxtà mercatorum stylum ab eo qui postea foro cessit.* Casaregis, *Disc.* 75, n. 18.

de ceux qui ont traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de payements (1); et du principe général qui veut que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui : de telle sorte que, lors même qu'il serait prouvé que l'acquéreur avait connaissance de la cessation de payements, l'aliénation devrait être maintenue, si le juste prix s'en trouvait dans l'actif du vendeur; ou, tout au moins, cette aliénation ne pourrait être annulée qu'à la charge, par la masse des créanciers, de restituer le prix d'acquisition.

Il y a même à remarquer sur ce point que la règle de l'article 447, qui annule les actes à titre onéreux lorsque celui avec qui le débiteur a traité avait connaissance de la cessation de payements, ne s'applique qu'aux actes postérieurs à la date de la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, et non aux actes faits dans les dix jours antérieurs à cette date, puisque les tiers ne pouvaient avoir connaissance d'une cessation de payements qui n'existait pas encore (2).

Ces actes ne pourraient être annulés qu'autant qu'il résulterait des faits et des circonstances constatés qu'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers, et par application seulement de l'article 1167 du Code civil (3).

Les articles 446 et 447 du Code de commerce ne s'appliquent d'ailleurs qu'aux aliénations volontaires, et non à celles qui résultent des condamnations judiciaires prononcées contre le failli dans l'intervalle de temps où il ne pouvait régulièrement aliéner (4).

Par une raison analogue, ces articles ne s'appliquent pas non plus au partage fait entre le failli et ses cohéritiers ou communistes (5).

Du reste, ces articles s'appliquent aussi bien aux actes qui

(1) Sur l'effet de cette connaissance, voy. *inf.*, n. 1227.
(2) C. com., art. 446.
(3) Cass., 14 avril 1863, S., 63, 1, 313.
(4) Bourges, 14 juil. 1851, S., 51, 3, 737, Paris, 11 avril 1853, S., 53, 2 227.
(5) Colmar, 18 janv. 1856, S., 56, 2, 392.

interviennent entre le failli et son conjoint qu'aux actes qui interviennent avec toutes autres personnes (1).

1219. Les raisons qui ont fait prononcer la nullité des actes translatifs de propriété, à titre gratuit, passés par le débiteur depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, conduisent également à l'annulation des hypothèques conventionnelles et judiciaires, et de tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués dans le même délai, sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées. Ces droits de préférence, accordés à certains créanciers au préjudice de la masse, constituent un avantage sans équivalent, puisque le prêt est déjà fait et reçu, et ils peuvent dès lors être assimilés à une aliénation à titre gratuit (2).

Il suit de là, toujours par les mêmes raisons, que la loi qui permet les aliénations à titre onéreux, postérieurement aux dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, doit permettre également de constituer une hypothèque pour une dette postérieure à cette même époque; et, conséquemment, que le failli peut, pendant le même temps, contracter valablement des emprunts et les garantir par une hypothèque (3). Il n'y a plus, alors, d'aliénation à titre gratuit, puisque les valeurs reçues en échange de l'hypothèque ou du gage profitent à l'actif et le grossissent. Dans ce cas, la connaissance que le prêteur aurait de l'état des affaires de l'emprunteur ne serait pas une cause nécessaire de nullité. « On n'emprunte, disait très-bien M. Renouard à la Chambre des députés, que parce que l'on a besoin d'argent; la possibilité d'une faillite prochaine se présentera naturellement à la pensée de ceux à qui l'emprunteur s'adressera. Si les prêteurs savent qu'en cas de faillite leurs droits périront, ils ne prêteront pas, ou bien ils voudront couvrir leurs risques par des stipulations onéreuses. Un emprunt sur immeubles, fait à propos et à des

(1) Cass., 15 mai 1850, S., 50, 1, 609; Metz, 12 juin 1855, S., 55, 2, 404.
(2) C. com., 446.
(3) Cass., 8 mars 1851, S., 56, 1, 170.

conditions modérées, est un acte qui peut prévenir une faillite, et contre lequel nul motif n'oblige le législateur à se mettre en défiance (1).

Mais si l'hypothèque consentie depuis la cessation de payements, pour une dette contractée au moment de la constitution de l'hypothèque destinée à la garantir, est valable et échappe à la nullité absolue et nécessaire de l'article 446, elle peut cependant être annulée selon les circonstances par application de l'article 447, si, au moment où cette hypothèque a été constituée, le créancier avait connaissance de la cessation de payements de son débiteur (2).

Quant au nantissement consenti par le failli depuis la cessation de ses payements et pour une dette contractée en même temps ou par le même acte, il est valable pourvu que cet acte ait précédé le jugement déclaratif de la faillite et ait été signifié à une époque antérieure (3).

1219 *bis*. Il ne faut pas d'ailleurs perdre de vue que l'article 445, comme tous ceux qui prononcent des nullités ou des empêchements, est essentiellement limitatif. La nullité qu'il prononce des hypothèques, des droits d'antichrèse ou de nantissement pour dettes antérieurement contractées, constituées depuis la cessation de payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, ne peut donc s'appliquer au privilége du bailleur acquis par celui-ci au moyen de l'enregistrement d'un bail antérieur présenté à cette formalité depuis la cessation des payements du locataire ou dans les dix jours qui la précèdent; à plus forte raison le bailleur aurait-il droit à son privilége si le bail était consenti dans le même temps par acte authentique, ou par acte sous seing privé immédiatement enregistré, puisque la création de la dette et la constitution du gage seraient simultanées (4). Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, tout privilége pourrait être refusé au bailleur si au moment de l'enregistrement du bail sous

(1) *Des faillites*, t. I, p. 336; Cass., 24 juin 1868, D., 68, 1, 326.

(2) V. *inf.*, n. 1227.

(3) Cass., 18 juin 1862, S., 62, 1, 866. — V. *inf.*, n. 2891.

(4) *Ibid.*, 30 mai 1870, D., 70, 1, 251.

seing privé ou au moment où le bail authentique a été consenti, il avait connaissance de la cessation des payements du locataire (1).

1220. Quant aux droits d'hypothèque ou de privilége, valablement acquis avant la cessation de payements, ils peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite (2). Il est manifeste qu'une hypothèque constituée avant la faillite n'en est pas moins acquise, quoiqu'elle ne soit pas inscrite. L'inscription n'a pas pour objet l'acquisition de l'hypothèque ou du privilége, mais leur publicité : cette publicité, nécessaire pour que l'hypothèque opère son effet, n'est pas un élément substantiel de son existence. L'inscription, qui n'est que l'exercice d'un droit, ne peut donc être assimilée à la naissance de ce droit. Il est juste dès lors et conforme aux principes qu'elle puisse être acquise tant que le jugement déclaratif n'a pas dessaisi le failli de l'administration de ses biens.

Néanmoins on a craint que le créancier auquel une hypothèque aurait été valablement constituée avant la cessation de ses payements, n'en retardât frauduleusement l'inscription dans le but de laisser au failli un crédit apparent, et de l'aider à tromper les tiers. Pour porter remède à cet inconvénient dont on s'est peut-être exagéré la portée, l'art. 448 veut que les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, puissent être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége, et celle de l'inscription ; délai qui doit être augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit aura été acquis et celui où l'inscription sera prise. Mais, comme on le voit, cette disposition est purement facultative. Les juges auront donc à examiner les causes du retard apporté à l'inscription, et ils ne pourront l'annuler, quelque in-

(1) Voy. l'arrêt précité, et Cass., 2 mars 1869, D., 69, 1, 473. — Voy. aussi *inf.*, n. 1227.

(2) C. com., art. 448. Ils ne peuvent être valablement inscrits le jour même du jugement déclaratif. Amiens, 26 déc. 1855, S., 56, 2, 563. Voy. *sup.*, n. 1180.

tervalle qu'il y ait entre l'époque où elle a été prise et celle où l'hypothèque a été constituée, qu'autant que ce retard serait évidemment frauduleux (1).

Il est du reste à remarquer que l'article 446 du Code de commerce ne s'applique qu'aux hypothèques conventionnelles et judiciaires ; il ne s'applique pas aux hypothèques légales qui existent par la volonté de la loi et non par la volonté des contractants. Lors donc que l'acte duquel résulte l'hypothèque légale sera valable, l'hypothèque sera valablement acquise en tout temps et pourra en tout temps être valablement inscrite (2).

1221. Il suit de ce qui précède que la loi maintient, non-seulement les actes qui, en faisant sortir quelque chose de l'actif, y apportent un équivalent ; mais encore ceux qui, tout en diminuant le gage de quelques-uns des créanciers, sont la conséquence et la réalisation d'un droit acquis antérieurement à d'autres. C'est par une distinction analogue qu'on arrive à reconnaître si le débiteur peut faire des payements valables, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, jusqu'au jugement déclaratif.

Il se présente à cet égard une distinction toute naturelle entre les dettes échues et les dettes non échues. Une dette échue constitue un droit acquis et ouvert ; de telle sorte que si le débiteur qui la paie fait un avantage à l'un de ses créanciers au préjudice de ceux dont la cessation de payements et la faillite prochaine compromettent les droits, on ne peut pas dire que cet avantage soit gratuit ou volontaire. Une dette non échue, au contraire, ne confère aucun droit actuel au créancier : qui a terme ne doit rien. Le payement d'une dette non échue peut donc être assimilée à un avantage purement gratuit et volontaire.

(1) Rouen, 8 mai 1851, S., 52, 2, 185. V. aussi Cass., 17 avril 1849, S., 49, 1, 638, et 2 mars, 1863, S., 63, 1, 425.

(2) Cass., 7 nov. 1848, S., 49, 1, 121 ; Colmar, 20 nov. 1855, S., 46, 2, 580 ; Cass., 2 mars, 1863, S., 63, 1, 425. — Jugé également que l'art. 448, qui ne permet d'inscrire les hypothèques que jusqu'au jour de la faillite, ne s'applique qu'aux créances, et non aux intérêts d'une créance antérieurement inscrite. Cass., 20 fév. 1850, S., 50, 1, 185.

Il suit de là que le payement des dettes échues au moment où le débiteur paye, lors même qu'elles ne seraient échues que depuis la cessation de payements (1), est valable lorsqu'il est reçu de bonne foi (2); et que le payement des dettes non échues n'est jamais valable, quelle que puisse être d'ailleurs la bonne foi des parties (3), et lors même que leur échéance serait antérieure à la déclaration de faillite (4). Il n'y a pas lieu d'ailleurs de distinguer entre les dettes contractées antérieurement et celles contractées postérieurement à la déclaration de faillite (5).

1222. Quant aux dettes non échues, le payement est nul, de quelque manière qu'il ait été fait, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, parce que, de quelque manière qu'il ait été fait, il est présumé frauduleux de la part du failli, et que le créancier qui reçoit ce qui ne lui est pas encore dû est difficilement à l'abri de tout reproche. Dans le commerce, payer, quand on ne doit pas encore, n'est pas un signe de solvabilité; celui qui veut ou qui peut payer tout ce qu'il doit n'est pas si libéral; et on doit se tenir en garde contre un payement anticipé, qui, s'il n'est pas une faveur collusoire pour celui à qui il est offert, a pour but de masquer une mauvaise position par les apparences exagérées d'une position meilleure.

Du reste, on ne pourrait considérer comme dette non échue, et dont le payement pût être annulé à raison seulement du défaut d'échéance, une dette dont le terme serait stipulé dans l'intérêt seul du débiteur, et que celui-ci, d'après une convention expresse ou tacite, aurait la faculté de payer avant le terme pour s'assurer les avantages attachés à ce payement. Ainsi le négociant qui achète, suivant l'usage, des marchandises à terme et qui paye comptant pour bénéficier d'un escompte sur le montant du prix par lui convenu, fait un acte qui n'a en lui-même rien de nécessaire-

(1) Cass., 17 fév. 1845, S., 45, 1, 464.
(2) Voy. *inf.*, n. 1227.
(3) C. com., art. 446.
(4) Dijon, 19 fév. 1867, D., 68, 2, 139.
(5) Cass., 29 juin 1870, S., 70, 1, 417.

ment frauduleux. L'escompte est l'équivalent du terme; la loi donne à l'acheteur le choix entre les deux; s'il veut profiter de l'escompte, il paye sans attendre l'échéance; s'il veut profiter du terme, il paye sans escompte : c'est là une opération commerciale qui, réduite à ses termes simples et naturels, est fort légitime (1).

1222 *bis*. On doit également considérer comme toujours exigible et par conséquent comme constituant une dette échue, l'obligation de celui qui a employé, pour se faire remettre une chose, des manœuvres frauduleuses caractéristiques de l'escroquerie : n'étant pas devenu propriétaire de cette chose, il est toujours et immédiatement tenu de restituer cette chose ou sa valeur; et il la paye dès lors valablement nonobstant la cessation de ses payements et malgré toute stipulation de terme (2).

1223. Quant aux dettes échues, le payement peut en être fait en espèces ou en effets de commerce qui équivalent à des espèces (3).

Il n'est pas douteux non plus qu'il ne puisse être fait par compensation lorsque les deux dettes se rencontrent en même temps à échéance, puisque, s'il n'y avait pas compensation, celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli se trouverait dans la nécessité fort injuste de payer ce qu'il doit, quand il ne pourrait pas recevoir ce qui lui est dû. La compensation qui a lieu de plein droit est alors du fait de la loi, et non du fait des parties. Il n'y a pas, à vrai dire, payement, mais extinction réciproque des deux dettes (4).

Mais en est-il de même lorsque la compensation est le résultat de conventions intervenues entre un créancier et un débiteur du failli? La question s'est présentée devant la

(1) M. Lainné, *Des faillites*, p. 61. V. cependant en sens contraire MM. Delamarre et Lepoitvin, t. V, n. 178; M. Alauzet, t. IV, n. 1681; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 221.

(2) Cass., 16 nov. 1864, S., 65, 1, 13. V. cependant Cass., 9 janv. 1865, S., 65, 1, 15.

(3) C. com., 446.

(4) C. civ., 1290. — Pardessus, n. 1127. Je reviendrai plus tard sur les effets de la compensation en matière de faillite. Voy. liv. V, tit. Ier, ch. v.

cour de Paris, et y a reçu une solution qui peut ne pas paraître juridique. Le 17 octobre 1861, Baillet vendait à Miston pour 26,000 francs de farines, payables comptant. Baillet était en même temps débiteur envers Dethan d'une somme de 26,000 francs. Le 20 octobre Dethan cède à Miston sa créance de 26,000 francs sur Baillet, de sorte que Miston, se trouvant à la fois débiteur de Baillet pour 26,000 francs, prix des farines achetées, et son créancier pour la créance de 26,000 francs qui lui avait été cédée par Dethan, une compensation devait s'opérer de plein droit qui avait pour résultat d'éteindre les deux créances. Sur ces entrefaites, Baillet est déclaré en état de faillite et la cessation de payements est reportée au 26 octobre, de sorte que la compensation résultant de la cession du 20 octobre, se trouvait s'être opérée dans les dix jours qui avaient précédé la cessation de payements. Sans tenir compte de cette compensation, le syndic de la faillite Baillet demande à Miston le payement des prix des farines, et sa demande est accueillie par le tribunal de commerce qui se fonde sur ce qu'aucun payement par compensation ne peut avoir lieu après la cessation de payements, et qu'il importe peu que cette compensation se soit opérée directement entre le débiteur et le failli, ou au moyen de l'acquisition de la créance d'un tiers contre ce dernier, alors surtout qu'il est établi que Miston et Dethan, qui avaient connaissance de la cessation des payements de Baillet, ont agi en fraude des droits des créanciers.

Il y a eu appel de ce jugement; mais la cour de Paris l'a confirmé le 18 janvier 1865 (1). L'arrêt, évitant l'erreur commise par le tribunal de commerce, reconnaît bien que le jugement déclaratif de faillite ne réagit pas sur la compensation qui s'est opérée de plein droit dans les dix jours qui ont précédé la cessation de payements entre deux dettes liquides et exigibles; mais il se fonde sur ce qu'il n'en est pas de même lorsque cette compensation est le résultat de conventions intervenues entre un créancier et un débiteur du failli, connaissant l'un et l'autre le mauvais état de ses affaires, et qui ont voulu

(1) S., 65, 1, 281.

échapper aux conséquences de la faillite imminente et prochaine; et il invoque à l'appui de cette thèse l'article 446 qui, en interdisant après la cessation de payements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque les délégations ou dations de créance en payement, atteint non-seulement les actes directs, mais aussi les combinaisons préparées pour obtenir, par des voies détournées, des résultats contraires à ses dispositions et éteindre une des dettes du failli à l'aide d'une de ses créances.

Comme on le voit, tout le système de cet arrêt repose sur l'idée que l'article 446 et les nullités qu'il prononce s'appliquent non-seulement au failli et aux actes qu'il lui est interdit de faire, mais aussi aux actes passés entre ses créanciers et ses débiteurs. Or j'avoue que c'est là une thèse qu'il m'est difficile d'admettre. L'article 446, soit pour cause de l'incapacité plus au moins complète du débiteur en état de cessation de payements, soit pour l'empêcher de favoriser certains créanciers aux dépens des autres, lui défend certains actes et lui interdit de disposer de son actif comme il pourrait le faire si son état de cessation de payements n'y mettait pas obstacle. Mais en quoi l'article 446 peut-il gêner les mouvements des créanciers et des débiteurs du failli, agissant et contractant entre eux? Où est le lien de droit qui pourrait comprendre le tiers dans la prohibition que la loi adresse au failli? Et comment perdraient-ils le droit de disposer de leur chose, parce que leur débiteur ne peut pas disposer lui-même de sa chose pour se libérer? C'est ce que je ne puis pas voir; et je m'explique difficilement l'arrêt de la cour de Paris en présence du texte formel de l'article 446 qui ne déclare nuls et sans effet que les actes du débiteur accomplis dans les circonstances qu'il détermine.

Sans doute des actes faits par des créanciers ou des débiteurs du failli pour sauvegarder leurs intérêts reciproques peuvent réagir contre la masse. Mais doit-on, pour éviter cet inconvénient que je ne cherche pas à dissimuler, violenter le texte de l'article 446 pour en tirer autre chose que ce qui est? Je ne puis le croire; et je crains que l'arrêt de la cour de Paris

ne soit plutôt l'expression d'un sentiment d'équité, que l'interprétation rigoureuse et exacte de la loi (1).

Si le négociant en état de cessation de payements n'était devenu débiteur de son créancier que depuis cette cessation de payements, on comprend que la dette qu'il a contractée pourrait être facilement considérée comme frauduleuse, tenue pour nulle, et que, dans ce cas, la compensation ne pourrait pas s'opérer. Cette règle peut recevoir une application fréquente en matière de compte courant, sorte de contrat commercial dans lequel la compensation joue un rôle, et sur lequel je me réserve d'entrer ultérieurement dans des développements plus étendus (2).

1224. Il faut remarquer, quant au payement des dettes échues, que l'article 446 du Code de commerce ne permet de le faire qu'en espèces ou effets de commerce, ce qui exclut la faculté de payer en meubles meublants, en marchandises ou en immeubles. Il résulte même de la discussion qui a précédé l'adoption de cet article, que le législateur s'est principalement proposé d'empêcher les payements en marchandises. On a prétendu qu'un payement en marchandises accepté par le créancier était un indice de mauvaise foi de sa part, parce qu'il lui révélait la connaissance du fait de la cessation de payements. Il peut y avoir quelque chose de vrai dans cette considération, mais je crois qu'on est allé trop loin, en défendant d'une manière absolue les payements en marchandises qui ne sont pas toujours nécessairement frauduleux, et qui sont assurément moins préjudiciables à la masse que des payements en espèces ou en effets. Il vaut mieux pour les créanciers trouver de l'argent en caisse ou des valeurs en portefeuille, avec des magasins dégarnis, que de se voir sans argent ni valeurs au milieu de marchandises dont

(1) V. En ce sens dans la *Revue critique*, t. XXVI, p. 385, un article de M. l'avocat général Genreau, qui est la reproduction des conclusions qu'il avait données dans l'affaire sur laquelle a statué l'arrêt précité. Mais voyez en sens contraire, c'est-à-dire dans le sens de cet arrêt, les observations de M. Alauzet, S., 65, 1, 281.

(2) Voy. n. 2314. Voy. aussi *sup.*, n. 1192.

la faillite peut retarder l'écoulement et qu'il faudra peut-être vendre au rabais et avec perte (1).

Toutefois l'article 446, en validant les payements faits pour dettes échues en espèces ou effets de commerce, n'a pas égard à l'origine des deniers ou des effets de commerce. Peu importe donc que les espèces ou les effets employés au payement proviennent de ventes faites à des tiers par le débiteur depuis la cessation de payements. La cessation de payements n'a pas pour effet d'interdire au débiteur de vendre la marchandise et d'en employer le prix au payement de ses dettes échues (2).

Il a même été jugé que le prix des marchandises vendues au créancier par son débiteur en état de cessation de payements, par l'entremise d'un courtier, peut être employé au payement de la créance de l'acheteur contre le vendeur (3).

Remarquons d'ailleurs que l'interdiction de faire des payements en marchandises ne s'applique pas au cas où ce sont des marchandises qui sont dues. Quand une dette est payable en marchandises, le débiteur ne peut se libérer qu'en livrant l'objet même de l'obligation. Ce que l'article 446 a entendu défendre, c'est une dation en payement qui fait sortir de l'actif du débiteur une valeur autre que celle qui doit être régulièrement employée au payement de la créance, c'est-à-dire des espèces ou du papier qui représente des espèces (4).

L'article 446 interdit la dation en payement, non-seulement quand elle a pour objet des immeubles ou des meubles et des marchandises, mais aussi quand elle s'opère par voie de transport de créances. Et il y a l'équivalent d'un transport de créances dans le virement de compte par lequel le failli, après avoir porté au crédit de l'un de ses débiteurs une somme d'argent comme s'il l'avait reçue de ce dernier, la porte au

(1) M. Lainné, p. 64.

(2) Cass., 6 juillet 1864, S., 64, 1, 383, et 10 mai 1865, S., 65, 1, 277.

(3) Cass., 3 août 1847, S., 48, 1, 13; M. Bedarride, t. I, n. 116 *bis*. V. en sens contraire Delamarre et Lepoitvin, t. V, n. 180, et M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 231.

(4) Nîmes, 9 nov. 1863, S., 63, 2, 44; Cass., 31 mars 1868, D., 69, 1, 292.

débit de l'un de ses créanciers qui se trouve ainsi payé au moyen de la créance résultant de l'article de crédit porté au compte du débiteur du failli. Ce payement ou plutôt ce virement ou le transport qui l'impliquent doivent être considérés comme nuls (1).

De même l'endossement d'un warrant par le propriétaire de marchandises warrantées, au profit d'un créancier, constitue non un payement en effets de commerce autorisé par l'article 446, mais un simple nantissement qui n'est valable que s'il a été consenti dans les conditions exigées pour l'établissement des droits de cette nature (2). Les warrants ne peuvent être considérés comme des effets de commerce (3).

Il en est de même de la remise de factures acquitées de marchandises vendues à un tiers. Ces factures n'étant pas des effets de commerce, leur remise ne constitue pas un payement valable (4).

Enfin il a été jugé que des coupons échus et au porteur des actions d'une société de commerce ne sont assimilables ni à des effets de commerce, l'art. 446 entendant désigner sous cette dénomination les valeurs de circulation dont la négociation est soumise aux règles tracées par le Code de commerce; ni à des espèces, lorsque la valeur réelle de ces coupons dépend de l'événement incertain de la liquidation de la société qui a émis les titres dont ils représentent l'intérêt (5).

1225. Nous venons de voir que celui qui est en état de cessation de payements ne peut disposer de ses biens à titre gratuit, mais qu'il peut en disposer à titre onéreux; qu'il ne peut conférer une hypothèque ou un privilége pour une dette antérieurement contractée, mais qu'il peut contracter une dette nouvelle, et garantir cette dette par une hypothèque ou un privilége; que les priviléges et hypothèques constitués avant la cessation de payements sont valablement inscrits

(1) Cass., 19 mai 1867, D., 67, 1, 384.
(2) V. *sup.*, 1219.
(3) Cass., 7 mai 1866, S., 66, 1, 312, et Rennes, 22 mai 1866, D., 67, 2, 205.
(4) Aix, 2 déc. 1863, S., 64, 2, 199.
(5) Cass., 29 juin 1870, S., 70, 1, 417.

après, et jusqu'au jour du jugement déclaratif; enfin que le failli ne peut payer ses dettes non échues, de quelque manière que ce soit, mais qu'il peut payer ses dettes échues avec l'argent de sa caisse, ou les valeurs de son portefeuille. Le débiteur en état de cessation de payements peut donc, sauf les exceptions qui précèdent, faire toutes sortes d'actes d'aliénation ou d'administration; et, jusqu'au jugement déclaratif de sa faillite, il reste à la tête de ses affaires.

1226. Cependant les créanciers ne sont pas désarmés, et les actes qu'il lui est permis de faire même après la cessation de ses payements peuvent être attaqués par eux comme faits en fraude de leurs droits, par application du principe général consacré dans l'article 1167 du Code civil. Cette exception, qui appartient aux créanciers, d'après le droit commun, pour les actes antérieurs à la cessation de payements (1), ne peut leur échapper pour les actes postérieurs qui ne sauraient se trouver dans une position plus favorable. Mais, dans un cas comme dans l'autre, c'est aux créanciers à prouver la fraude qui ne se présume jamais (2).

1227. Outre l'articulation de fraude qui est permise, aux termes du droit commun, contre les actes faits par le débiteur postérieurement à sa cessation de payements, il est un cas particulier à ces actes, qui, à raison de l'imminence de la faillite, peut suffire à lui seul pour les faire annuler. L'article 447 du Code de commerce porte : « Tous autres payements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de la faillite, pourront être annulés, si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements. »

(1) *Et quamvis per leges sive statuta hujus emporii sint nulli ii omnes actus, sive contractus, qui fiunt decem diebus antè decoctionem, non ideo sancitum est eos valere, qui celebrantur antè prædictos dies decem ; circa enim istorum validitatem standum est dispositioni juris communis.* Casaregis, *Disc.* 57, n. 11.

(2) V. Cass., 13 nov. 1867, D., 68, 1, 212.

Ainsi, tous les contrats à titre onéreux, quels qu'ils soient (1), tous les payements pour dettes échues (2), en un mot, tous les actes faits par le débiteur, et valables en eux-mêmes soit parce qu'ils ne sont que l'exercice des droits dont le failli n'est pas dépouillé, soit parce qu'ils ne sont pas atteints par les dispositions prohibitives de l'article 446, peuvent être considérés comme frauduleux, par cela seul que celui qui a traité avec le débiteur avait connaissance de la cessation de payements; de telle sorte que, sans qu'il soit nécessaire de constater, soit la fraude, soit la mauvaise foi, la connaissance de la cessation de payements suffit pour que les juges puissent prononcer la nullité des actes intervenus entre le créancier et son débiteur (3).

Mais il faut bien remarquer que si la connaissance de la cessation de payements suffit pour faire prononcer la nullité d'un acte, elle n'oblige pas les juges à la prononcer (4). Tout dépend des circonstances particulières de la cause dont l'appréciation est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux (5).

Il faut remarquer de plus, en premier lieu, que la connaissance de la cessation de payements n'étant qu'une sorte d'élément de fraude, et la fraude ne se présumant jamais, c'est aux créanciers qui articulent cette connaissance à en administrer la preuve (6); et, en second lieu, que des actes faits par le failli ne peuvent être annulés par application de l'article 447 qu'autant qu'il est formellement constaté que le créancier avait connaissance de la cessation de payements du débiteur avec lequel il a traité : il ne suffirait pas d'énon-

(1) Poitiers, 16 janv. 1860, S., 60, 2, 289.

(2) Cass., 14 avril 1863, S., 63, 1, 313.

(3) Cass., 13 avril et 18 mai 1870, D., 70, 1, 259.

(4) Colmar, 20 nov. 1855, S., 55, 2, 680; Cass., 20 janv. 1857, S., 57, 1, 330; Douai, 19 août 1857, S., 58, 2, 331; Cass., 24 déc. 1860, 1, 538, et 9 déc. 1868, S., 69, 1, 5. V. cependant MM. Delamarre et Lepoitvin, t. V, p. 181.

(5) Cass., 12 février 1844, S., 44, 1, 219; Cass., 30 juill. 1850, S., 50, 1, 641; 4 déc. 1856, S., 57, 1, 830; 1er juill. 1861, S., 61, 1, 609; et 18 juill. 1870, D., 70, 1, 348.

(6) M. Renouard, t. I, p. 371.

cer qu'il était alarmé par des bruits répandus sur la situation de son débiteur et la prévision du danger qui menaçait sa créance (1).

1228. Du reste, les règles qui précèdent sur les effets de la connaissance de la cessation de payements de la part de celui qui a reçu le payement d'une dette échue, se modifient quand la dette a pour cause une lettre de change ou un billet à ordre. Dans ce cas, le tiers porteur de l'effet n'est pas soumis à rapporter le payement qu'il a reçu, soit avant, soit après protêt (2), quelque connaissance qu'il puisse avoir de la cessation de payements (3). Le rapport, dans ce cas, doit être demandé, s'il s'agit d'une lettre de change, à celui pour le compte duquel elle a été tirée, c'est-à-dire au tireur ou au donneur d'ordre; et s'il s'agit d'un billet à ordre, au premier endosseur, à la charge de prouver qu'ils avaient connaissance de la cessation de payements à l'époque de l'émission du titre. Telle est la disposition de l'article 449 du Code de commerce, dont M. Tripier exposait ainsi les motifs à la Chambre des pairs : « Lorsqu'une somme aura été illégalement payée par le débiteur postérieurement à sa faillite, elle devra être rapportée à la masse par le créancier qui l'aura reçue : voilà la règle générale. Cette obligation devra-t-elle s'étendre aux tiers porteurs des effets de commerce? Ces titres sont une sorte de monnaie dont il ne faut pas altérer la valeur. Les porteurs, à l'échéance, sont dans la nécessité de recevoir le payement ou de faire constater le refus par un protêt; si le payement est effectué, le protêt ne peut être fait, et sans le protêt, pas de recours contre le tireur et les endosseurs. On ne pourrait sans injustice admettre une règle qui leur enlèverait en même temps les valeurs qu'ils ont reçues et leur recours contre les endosseurs. Ils ont été dans la nécessité de recevoir : ils conserveront le payement; mais il a été reçu à la décharge d'un précédent obligé : ce sera contre celui-ci que l'action en rapport devra être exercée (4). »

(1) Cass., 18 avril 1866, S., 66, 1, 351.

(2) Cass., 26 nov. 1855, S., 56, 1, 345.

(3) Paris, 1er mai 1863, S., 63, 2, 140.

(4) Il suit de là que le porteur d'une lettre de change pour laquelle il y a

De ces explications qui indiquent clairement la nécessité, le but et la portée de l'article 449, il résulte que cet article est exclusivement applicable au cas où le tiers porteur s'est borné à recevoir le payement qui lui était offert à l'échéance ou qu'il aurait obtenu sur la simple présentation de l'effet; mais que le tiers porteur ne peut se prévaloir de cet article s'il n'a reçu le payement qu'après protêt et jugement de condamnation (1). A plus forte raison le tiers porteur ne peut-il s'en prévaloir si après protêt il a accepté de nouveaux billets qui lui ont été payés (2). Quand il y a un protêt, le porteur rentre sous l'empire de la règle commune, parce que en contraignant le débiteur à payer, il accepte toutes les conséquences du payement qu'il reçoit du tiré ou du souscripteur, et que d'ailleurs s'il n'est pas payé, il conserve par le protêt son recours contre les endosseurs.

Il en résulte également que si après protêt le tiers porteur recourt contre un des endosseurs, le payement qu'il obtient de cet endosseur reste soumis à la disposition générale de l'article 447, si cet endosseur est en état de cessation de payements, parce que cet endosseur est un débiteur ordinaire vis-à-vis duquel il n'y aurait pas lieu de protester s'il ne payait pas (3). Il en est de même si, au lieu de recourir contre un endosseur, le porteur recourt contre le tireur lui-même (4).

Il en résulte encore que l'article 449 n'est pas applicable quand il n'y a pas à protéger la circulation des effets de commerce et la sécurité de ceux qui ne les ont acceptés qu'à raison des garanties solidaires qui sont la conséquence de leur transmission. Il ne peut donc être invoqué ni par le pre-

provision est tenu, à peine de déchéance contre le tireur, de la faire protester à l'échéance, alors même que le tiré serait en état de cessation de payements. V. Cass., 10 déc. 1851, S., 52, 1, 5, et *ibid.*, mes observations sur cet arrêt.

(1) Colmar, 29 mars 1865, S., 65, 2, 161 ; Cass., 18 déc. 1865, S., 66, 1, 137 ; 9 déc. 1868, 1, 16; Paris 24 mars 1870, D., 70, 1, 128.

(2) Cass., 19 mai 1868, D., 69, 2, 228.

(3) Cass., 15 mai et 27 nov. 1869, D., 67, 1, 417; et S., 67, 193 ; M. Pont, *ibid.*, obs. sur les arrêts précités. V. En sens contraire les observations de M. Beudant, dans Dalloz, sur les mêmes arrêts.

(4) Bordeaux, 13 août 1866, D., 67, 2, 8.

neur d'une lettre de change entre les mains duquel elle est revenue après protêt fait sur le tiré et qui a été payé par le tireur failli; ni par le bénéficiaire d'un billet à ordre qui ne l'a pas endossé, alors même que ce billet serait garanti par un aval, cet aval n'ayant pas pour effet de transformer ce bénéficiaire en tiers porteur (1).

Enfin l'article 449 ne s'applique qu'au payement des lettres de change et des billets à ordre échus, puisque, s'ils ne sont pas échus, il n'y a pas lieu de les protester, et que d'ailleurs, s'agissant du payement d'une dette non échue, la nullité en est prononcée d'une manière absolue par l'article 446.

Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs que la disposition exceptionnelle de l'article 449 est spéciale au cas particulier de nullité résultant de la connaissance de la cessation de payements; et que, si le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre avait employé des moyens frauduleux pour se faire payer au préjudice des autres créanciers, c'est à lui que le rapport devrait être demandé. Il n'y aurait plus alors à se préoccuper du dommage que peut lui causer le défaut de protêt, puisque c'est à lui qu'il devrait s'en prendre d'avoir compromis ses droits en se faisant faire un payement qui, en le mettant dans l'impossibilité de protester, lui a fait perdre son recours contre ses garants.

1229. De tout ce qui précède il résulte que la nullité prononcée par les articles 446 et suivants du Code de commerce ne tenant pas à l'incapacité du failli, qui jusqu'au jugement déclaratif conserve la plénitude de ses droits, mais étant établie dans l'intérêt de la masse dont les actes du failli compromettraient les droits, ne peut être invoquée par le failli personnellement, mais seulement par les créanciers; et que les actes ou les hypothèques dont la nullité à été prononcée sur la demande des créanciers, continuent de subsister et conservent éventuellement leur effet entre les parties contractantes (1).

(1) Cass., 15 mai 1867, D., 67, 1, 422; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 277.
(2) Aix, 7 août 1856, S., 56, 2, 531; Cass., 17 juin 1857, S., 58, 1, 705;

1230. Là se termine ce que j'avais à dire sur la capacité du failli, ou sur la validité des actes par lui faits en état de faillite. Pour compléter ce qui regarde cette position exceptionnelle de la personne du débiteur, il me reste à donner quelques notions sur l'administration de la faillite, et sur les circonstances qui rétablissent le débiteur dans la plénitude de ses droits.

§ III. — *De l'administration de la faillite.*

SOMMAIRE. — 1231. Des syndics et du juge-commissaire. Fonctions du juge-commissaire. — 1232. Nomination des syndics. — 1233. Indemnité à laquelle ils ont droit. — 1234. Leurs fonctions, tant comme administrateurs que comme représentants du failli et de ses créanciers. — 1235. Comment sont-ils tenus des dépens auxquels ils sont condamnés comme représentants de la masse ?

1231. Tout incapable a besoin d'un représentant qui fasse pour lui les choses qu'il est incapable de faire ; le mineur et l'interdit ont des tuteurs, le mineur émancipé un curateur, le prodigue un conseil : le failli a des syndics.

Mais tandis que le tuteur ou le curateur nommés aux incapables ordinaires ont, dans presque tous les cas, outre l'administration des biens de l'incapable, la surveillance de sa personne, les syndics d'un failli n'ont que l'administration des biens dont la faillite le dessaisit, et restent sans pouvoir, soit sur ses autres biens, soit sur sa personne (1). Ils remplissent en quelque sorte l'office d'un curateur aux biens d'un absent, auquel on les a quelquefois assimilés (2).

Et même en ce qui touche l'administration des biens, les syndics n'exercent leurs fonctions que sous la surveillance d'un juge-commissaire.

Douai, 17 fév. 1859, S., 59, 2, 294 ; Cass., 12 mars 1861, S., 62, 1, 964 ; 10 fév. 1863, S., 63, 1, 263 ; 17 fév. 1869, S., 69, 1, 331.

(1) *Et hujus curatoris officium circà bonorum distractionem versatur et omnia alia sine quibus distractio seu venditio fieri non potest.* Straccha, *De decoct.*, part. VII, n. 7.

(2) *Decoctus habetur pro absente*, dit Roccus, *prout debitor latitans habetur pro absente, et ne creditores defatigentur ad litigandum contrà decoctum in alieno territorio, providendum est curatori. De decoct.*, note 4, n. 11.

Ce juge-commissaire, qui est choisi parmi les membres du tribunal de commerce, est nommé, ainsi que les syndics, par le jugement même qui déclare la faillite (1). Il convoque aussitôt les créanciers pour procéder à la nomination de nouveaux syndics dans le cas où ils n'approuveraient pas les choix faits par le tribunal. Aucune forme particulière n'est prescrite pour cette convocation, qui peut par conséquent être faite par lettres, par affiches ou par annonces insérées dans les journaux.

1232. Les syndics confirmés ou nommés dans cette assemblée ne peuvent être révoqués que par le tribunal, soit d'office, soit sur la réclamation des créanciers, après avoir entendu le rapport du juge-commissaire, et les explications des syndics dont la révocation est demandée (2).

Le nombre des syndics peut être à toute époque porté jusqu'à trois. Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'adjonction d'un ou plusieurs syndics, il en est référé par le juge-commissaire au tribunal de commerce, qui nomme ces nouveaux syndics sur lesquels, comme lorsqu'il s'agit des syndics nommés dès le début de la faillite, on consulte l'assemblée des créanciers (3).

Les syndics peuvent être choisis, soit parmi les créanciers, soit parmi les personnes étrangères à la masse (4). Rien ne s'oppose même à ce que la même personne soit chargée à la fois de l'administration de plusieurs faillites. Une disposition prohibitive que contenait sur ce point l'ancien Code de commerce n'a pas été reproduite par le nouveau, ce qui permet de confier la gestion des faillites à des individus que l'habitude de ce genre d'affaires rend plus propres que d'autres à les conduire à bonne fin. Il n'y a d'exclusion que pour les parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement (5).

(1) C. com., 451. V. Cass., 29 janv. 1850, S., 50, 1, 375. — Les juges suppléants peuvent être nommés juges-commissaires dans les faillites, Montpellier, 20 juin 1850, S., 50, 2, 443.

(2) C. com., 467.

(3) *Ibid.*, 462, 464.

(4) *Ibid.*, 462.

(5) *Ibid.*, 463. Les huissiers peuvent être nommés syndics de faillite, Bordeaux, 20 mars 1863, S., 63, 2, 112.

1233. Les syndics, quelle que soit leur qualité, créanciers ou étrangers à la masse, peuvent recevoir, après avoir rendu compte de leur gestion, une indemnité que le tribunal arbitre sur le rapport du juge-commissaire.

1234. Les fonctions de syndics consistent non-seulement à administrer les biens de la faillite, et à représenter le failli dans les actions intentées contre lui, mais encore à faire, dans l'intérêt de la masse des créanciers, la liquidation de la faillite et la répartition de l'actif, et à représenter cette masse en justice dans les actions qui l'intéressent. Il suit de là qu'ils sont à la fois mandataires et représentants du failli et des créanciers. Ces doubles fonctions se concilient fort bien lorsque la masse et le failli ont un seul et même intérêt. Mais lorsque le failli et la masse ont un intérêt contraire, les syndics, tout en conservant l'administration et la gestion de la faillite, ne peuvent plus en justice représenter que la masse (1). C'est ainsi que le failli peut seul plaider contre les syndics représentant la masse, soit pour faire rapporter le jugement déclaratif de la faillite, soit pour faire changer la date de la cessation de payements (2).

Par une raison analogue, lorsqu'un créancier plaide contre la masse, les syndics ne représentent que la masse; et lorsque deux créanciers plaident l'un contre l'autre, dans un intérêt particulier et pour se disputer un droit de préférence, les syndics ne représentent ni l'un ni l'autre (3).

Au surplus, si, en principe les syndics représentant la masse des créanciers ont seuls qualité pour exercer les actions qui l'intéressent, cela cesse d'être absolument vrai si par leur incurie les syndics compromettent les droits de la masse et négligent d'exercer ses actions. Les créanciers personnellement ou l'un d'entre eux pourraient alors agir pour empêcher les droits de la masse de périr, soit en demandant la nullité des

(1) Cass., 15 mai 1850, S., 50, 1, 609.
(2) C. com., 580, 581.
(3) Cass., 3 mai 1843, S., 43, 1, 369; Colmar, 13 mai 1850, S., 51, 2, 540; Orléans, 13 mai 1851, S., 51, 2, 722.

actes qui leur font grief, soit en poursuivant la rentrée des sommes qui leur sont dues (1).

De ce que les syndics représentent le failli, il suit qu'ils ne peuvent exercer que les actions que le failli lui-même pourrait exercer, s'il avait la libre administration de ses droits et de ses actions ; de telle sorte qu'ils ne pourraient pas attaquer par tierce opposition au nom des créanciers des jugements régulièrement rendus contre la faillite (2).

1235. Ajoutons, en terminant, que les syndics ne sont point responsables personnellement des condamnations prononcées contre la masse, pas plus que du payement des frais dus aux officiers ministériels qu'ils ont chargé sd'occuper dans les instances intéressant la faillite. Ils ne supportent ces condamnations ou ces frais que pour leur part et portion, s'ils sont créanciers de la faillite (3).

§ IV. — *Quand cessent les effets de la faillite?*

Sommaire. — 1236. Du concordat ; ses effets sur la capacité du failli. — 1236 *bis*. Étendue de cette capacité. — 1237. Du concordat par abandon d'actif. — 1238. De l'union ; ses effets généraux. — 1238 *bis*. Ses effets quant à l'inscription des hypothèques. — 1239. Ses effets relativement à la contrainte par corps. — 1239 *bis*. Actions individuelles du créancier. — 1240. Effets de la clôture de la faillite en cas d'insuffisance d'actif. — 1240 *bis*. Droits des créanciers nouveaux. — 1241. De la réhabilitation.

1236. Diverses causes mettent fin à l'état de faillite, d'une manière plus ou moins complète.

La première de ces causes est le concordat ou traité que le failli fait avec ses créanciers, soit pour obtenir d'eux des termes de payement, soit pour obtenir des remises sur le montant de leurs créances (4). Aussitôt après que le jugement d'homo-

(1) Paris, 30 avril 1853, S., 53, 2, 226, M. Esnault, *Des faillites*, t. I, n. 292 ; MM. Goujet et Merger, vº *Faillite*, n. 145. V. Cependant, Cass, 17 juillet 1861, S., 62, 1, 374.

(2) M. Pardessus, n. 1177.

(3) 24 août 1843, S., 43, 1, 757 ; M. Pardessus, n. 1182 ; M. Alauzet, t. IV, n. 1726.

(4) C. com., art. 507 et suiv. Voy. *inf.*, liv. V, tit. Ier, ch. v. Tout traité fait par le failli avec tous les créanciers qui tous sont d'accord, produit à

logation du concordat est passé en force de chose jugée, les fonctions des syndics cessent; ils rendent leur compte définitif au failli en présence du juge-commissaire, et lui remettent l'universalité de ses biens, livres, papiers et effets dont il leur donne décharge (1).

Le concordat fait donc cesser le dessaisissement, et par suite toutes les conséquences du dessaisissement, de telle sorte que le failli se trouve rétabli dans la plénitude de la capacité que ce dessaisissement lui avait fait perdre; tellement que si plus tard le concordat vient à être annulé pour cause de dol et de fraude (2), ou résolu pour inexécution des obligations qu'il avait imposées au débiteur (3), ce qui produit la réouverture de la faillite (4), les actes faits par le failli, postérieurement au jugement d'homologation et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat, ne peuvent plus être annulés qu'en vertu du principe général qui permet aux créanciers d'attaquer en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (5). Néanmoins, il ne faudrait pas conclure de là que les actes faits entre l'homologation du concordat et la réouverture de la faillite ne pussent pas être annulés pour les mêmes causes que celles qui, avant l'ouverture de la faillite, annulent les actes faits postérieurement à la date fixée pour la cessation de payements. Seulement, dans le cas de réouverture de la faillite par suite de la résolution ou de l'annulation du concordat, les diverses causes de nullité, énumérées plus haut dans le § 2, ne sont plus des causes nécessaires de nullité, mais des éléments de la fraude qui serait articulée par les

cet égard le même effet qu'un concordat judiciaire. Agen, 23 juin 1859, S., 59, 2, 408. V. aussi Nîmes, 23 juillet et 29 août 1860, S., 61, 2, 229.

(1) C. com., 519.

(2) *Ibid.*, 518 et 520.

(3) *Ibid.*, 520.

(4) Ce n'est pas une faillite nouvelle qui s'ouvre par la résolution du concordat : c'est l'ancienne faillite qui revit. Riom, 2 août 1853, S., 53, 2, 666.

(5) C. civ., 1167; C. com., 526.

créanciers, et dont les juges auraient à tenir compte suivant les circonstances (1).

1236 *bis*. Le failli est, par le concordat, rétabli dans la plénitude de ses droits; mais il n'a pas plus de droits après le concordat qu'il n'en avait avant sa faillite. Le failli concordataire n'a donc pas qualité pour poursuivre l'exécution des jugements qui sur la demande du syndic ont annulé des actes ou des payements faits en contravention aux articles 446 et 447 du Code de commerce, cette annulation n'ayant été prononcée que dans l'intérêt de la masse dissoute par le concordat (2).

1237. Le concordat par abandon d'actif total ou partiel, autorisé par la loi du 17 juillet 1856 qui est venue modifier l'article 541 du Code de commerce, met également fin à l'état de faillite, mais seulement relativement à la personne du failli: il le maintient quant aux biens abandonnés qui passent sous le régime de l'union, de telle sorte que la liquidation de l'actif abandonné est faite par les syndics sous la surveillance du juge-commissaire. Il suit de là que les actions qui naissent de l'état de faillite continuent à pouvoir être exercées par les syndics toutes les fois qu'elles sont destinées à accroître la masse à partager entre les divers créanciers (3).

1238. S'il n'intervient de concordat d'aucune sorte, les créanciers se trouvent de plein droit en état d'union, c'est-à-dire unis dans le but d'agir de concert contre le failli pour arriver à la réalisation de l'actif et au payement de leurs créances. Lorsque les syndics ont terminé cette liquidation, distribué aux créanciers toutes les valeurs de l'actif, et qu'il n'y a plus rien à administrer, plus de valeurs à faire rentrer, plus de deniers à répartir, l'union devient sans objet. Alors les syndics convoquent les créanciers, leur rendent compte de leur gestion, et aussitôt après la clôture de cette assem-

(1) M. Renouard, t. II, p. 112.

(2) Cass., 30 juillet 1866, S., 66, 1, 385; D., 67, 1, 38.

(3) Rennes, 29 janv. 1861, S., 61, 2, 245; Cass., 10 fév. 1864, S., 64, 1, 144; Orléans 20 mai 1868, D., 68, 2, 211. V. Bravard, t. V, p. 478.

blée, l'union est dissoute de plein droit (1). Alors cesse également le dessaisissement du failli. Tous les biens, tous les droits qui lui appartenaient au moment de sa faillite, ou qui lui sont échus depuis ont été dévolus à ses créanciers. L'union a duré tant qu'il lui est resté quelque chose; elle s'est dissoute faute d'aliment : à quoi bon, dès lors, un dessaisissement qui continuerait de placer inutilement le failli dans une position exceptionnelle?

1238 *bis*. La dissolution de l'union faisant cesser l'état de faillite, il en résulte que les hypothèques qui avaient été annulées à l'égard de la masse, sur la poursuite des syndics par application de l'article 446, reprennent toute leur force à l'égard du failli et qu'elles peuvent être inscrites sur les immeubles qui lui adviennent dans la suite (2).

1239. Le dessaisissement cessant avec l'union, les créanciers non complétement désintéressés rentrent contre le failli dans l'exercice de leurs actions individuelles. Avant l'abolition de la contrainte par corps, si dans l'assemblée qui précède la clôture de l'union, le failli avait été reconnu excusable, et si cette excusabilité était ensuite déclarée par le tribunal, les créanciers ne pouvaient plus poursuivre le débiteur que sur ses biens, et non sur sa personne, qui demeurait affranchie de la contrainte par corps. Dans le cas contraire, ils conservaient action et sur ses biens et sur sa personne (3).

1239 *bis*. De ce que par l'effet de la dissolution de l'union les créanciers rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles, il en résulte que, si le failli acquiert de nouveaux biens sur lesquels l'action individuelle puisse s'exercer et qui servent d'aliment à cette action, il n'y a lieu ni de faire déclarer de nouveau le débiteur en état de faillite, ni même de rouvrir la faillite antérieurement close et terminée. Par la dissolution de l'union, qui met un terme aux opérations de la faillite, tous les droits collectifs de la masse des créan-

(1) C. com., 537.
(2) Cass., 2 août 1866, S., 66, 1, 388 ; D., 67, 1, 37.
(3) C. com., 437, 438, 439.

ciers sont épuisés, et il ne leur reste plus que l'exercice individuel des droits qui peuvent appartenir à chacun d'eux sur les biens de leur débiteur commun (1).

1240. Le concordat et la dissolution de l'union font seuls cesser l'état de faillite. La clôture de la faillite, en cas d'insuffisance d'actif, organisée par les articles 527 et 528 du Code de commerce, la laisse subsister, bien qu'elle en suspende les opérations. Il est vrai que cette clôture essentiellement provisoire et subordonnée à l'absence d'actif, fait, aux termes de l'article 527, rentrer les créanciers dans l'exercice de leurs actions individuelles tant contre la personne que contre les biens du failli; mais cette disposition ayant pour but non d'améliorer la position du failli, mais de l'aggraver, il en résulte que le failli reste soumis, malgré la clôture, à toutes les incapacités dont l'a frappé le jugement déclaratif (2). D'où il faut conclure que, si le jugement de clôture vient à être rapporté, les créanciers doivent compte à la masse des sommes qu'ils ont reçues du failli pendant la clôture (3).

1240 *bis*. Mais si, depuis la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, le débiteur s'est livré à de nouvelles opérations et a contracté de nouvelles dettes, ses nouveaux créanciers pourront-ils le faire déclarer en état de faillite, au lieu de se borner à faire rapporter le jugement de clôture?

Il ne me semble pas douteux, quoique le contraire ait été jugé (4), qu'il n'y a pas lieu de provoquer une nouvelle déclaration de faillite qui demeurerait distincte de la première et qui constituerait deux poursuites et deux masses distinctes. La clôture de la faillite ne fait qu'en suspendre les opérations en la laissant subsister, ce qui place les créanciers nouveaux du débiteur dans la même position que ceux qui seraient advenus au failli s'il n'y avait pas eu clôture et si cependant il s'était

(1) Cass., 13 août 1862, S., 62, 1, 790.

(2) Rouen, 21 nov. 1852, S., 52, 2, 254; Paris, 18 déc. 1858, S., 59, 2, 151.

(3) Paris, 8 mars 1856, S., 56, 2, 199; MM. Goujet et Merger, v° *Faillites*, n. 415; M. Renouard, t. II, p. 122. V. en sens contraire M. Bédarride, t. II, n. 702.

(4) Paris, 30 août 1867, D., 68, 2, 113.

livré à de nouvelles opérations (1). Les créanciers nouveaux n'ont donc pas plus de droits dans un cas que dans l'autre, et, s'il y a clôture, ils ne peuvent que faire rapporter le jugement qui la prononce, pour exercer ensuite dans la faillite les droits qui peuvent leur appartenir.

1241. Le concordat et la dissolution de l'union ne rendent pas au failli les droits civils ou politiques dont on a déjà vu l'énumération (2). Il faut, de plus, qu'il soit réhabilité par jugement, c'est-à-dire rétabli dans les droits qu'il a perdus. Le failli peut être réhabilité lorsqu'il a intégralement payé les sommes par lui dues en principal, intérêts et frais, sans déduction des remises qu'il aurait obtenues par un concordat (3). La réhabilitation est prononcée par la cour d'appel dans le ressort de laquelle le failli est domicilié. Les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour fait de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, les personnes comptables, tels que les tuteurs, administrateurs ou dépositaires qui n'ont pas rendu ou soldé leurs comptes, n'y sont pas admises (4).

SECTION III. — DE LA BANQUEROUTE.

SOMMAIRE. — 1242. Des effets de la faillite dans l'ordre criminel. — 1243. Distinction entre la banqueroute et la faillite. — 1244. Ce que c'est que la banqueroute. Banqueroute simple, banqueroute frauduleuse. — 1245. Deux sortes de banqueroute simple. — 1246. Juge compétent et peines de la banqueroute simple. — 1247. De la banqueroute frauduleuse. Compétence. Peines. — 1248. Les poursuites en banqueroute peuvent être intentées sans déclaration préalable de faillite. — 1249. Administration de la faillite en cas de banqueroute. — 1250. Conclusion.

1242. Jusqu'ici nous avons examiné la faillite et le failli sous un point de vue exclusivement civil, c'est-à-dire sous le

(1) V. *sup.*, n. 1197.

(2) V. *sup.*, n. 1207 et suiv.

(3) Le failli demandeur en réhabilitation peut être autorisé à consigner pendant un temps déterminé le montant en capital et intérêt des sommes dues à des créanciers dont le domicile et l'identité ne peuvent être constatés. Lyon, 29 juin 1867, S., 65, 2, 299.

(4) C. com., 604 et suiv.

rapport des effets purement civils que la faillite produit relativement à la personne et aux biens du failli. Il nous reste maintenant à jeter un coup d'œil sur les effets de la faillite dans l'ordre criminel.

1243. On l'a vu au commencement de ce chapitre : la faillite peut être le résultat du malheur, de l'imprudence ou de la fraude. De là deux sortes de faillites : celle où le débiteur n'a aucune faute à se reprocher, et celle où il a à se reprocher des fautes plus ou moins graves. Cette distinction a été admise de tout temps, quoiqu'elle n'ait pas été toujours aussi clairement formulée qu'aujourd'hui ; et Straccha, dans les ouvrages duquel on retrouve l'expression des opinions juridiques d'une époque et d'un pays où le droit commercial avait fait tant de progrès, reconnaît trois espèces de faillis : celui qui est malheureux, celui qui est coupable, et celui qui est à la fois malheureux et coupable : *Tria decoctorum esse genera : primum illorum qui fortunæ vitio decoquunt ; secundum illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes ; et illud tertium qui partim suo, partim fortunæ vitio foro cesserunt.* Ceux qui étaient coupables étaient affligés de peines corporelles ; ceux qui n'étaient que malheureux n'avaient de compte à régler qu'avec la justice civile : *Si quem fortunæ vitio decoxisse evidenter constiterit, ex crimine agi non potest* ; *nullum enim crimen admisit decoctor... Omni corporali cruciatu remoto civiliter igitur agendum est* (1).

Le malheur, c'est la *faillite ;* la faute, c'est la *banqueroute.* Néanmoins ces deux mots ont eu longtemps la même signification légale (2).

1244. Aujourd'hui la banqueroute est l'état du commerçant failli auquel on peut reprocher des faits de négligence, d'imprudence, d'inconduite ou de fraude. Mais comme il y a nécessairement plusieurs degrés de criminalité dans ces différentes sortes de fautes, et qu'on ne saurait placer sur la même ligne la négligence ou l'imprudence et la fraude, la loi admet deux sortes de banqueroutes : la banqueroute simple,

(1) Straccha, *De decoct.*, part. VII, n. 1 et suiv.
(2) Boutaric. sur l'art. 1 du tit. II de l'ord. de 1673.

qui est le résultat de la négligence ou de l'imprudence, et la banqueroute frauduleuse dont le nom indique suffisamment le caractère des faits qui la produisent.

1245. Et même, comme les faits de négligence et d'imprudence peuvent ne pas revêtir, dans tous les cas, un caractère également criminel, la loi distingue encore, parmi ces faits, ceux qui entraînent nécessairement la déclaration de banqueroute de ceux qui permettent seulement aux juges de la déclarer.

Aux termes de l'art. 585 du Code de commerce, doit être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives; 2° s'il a consommé de fortes sommes, soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds; 4° si, après la cessation de ses payements, il a payé un créancier au préjudice de la masse.

Et, aux termes de l'article 586 du même Code, peut être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouve dans un des cas suivants : 1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés; 2° s'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat; 3° si, étant marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux articles 7 et 70 du Code de commerce sur l'affiche et la publication de son contrat de mariage (1); 4° si, dans les trois jours de la cessation de payements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439 du Code de commerce (2), ou si cette

(1) V. *sup.*, n. 1014.
(2) V. *sup.*, n. 1156.

déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; 5° si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas ou dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf-conduit, il ne s'est pas représenté à la justice; 6° s'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire; si ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmions qu'il y ait fraude.

1246. Les cas de banqueroute simple sont jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sur la demande des syndics, ou sur celle de tout créancier du failli, ou sur la poursuite d'office qui est faite par le ministère public. Les coupables sont punis d'un emprisonnement d'un an au moins, et de deux ans au plus (1).

1247. La banqueroute frauduleuse est l'état du commerçant failli auquel on peut reprocher des faits de fraude qui dénotent l'intention de porter préjudice à ces créanciers. En conséquence, aux termes de l'article 591, doit être déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou qui, soit dans ses écritures, soit par son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.

Il résulte de cet article que les faits de fraude caractérisent nécessairement la banqueroute frauduleuse, tandis que, en matière de banqueroute frauduleuse simple, les faits de négligence ou d'imprudence n'ont pas tous pour conséquence nécessaire la déclaration de banqueroute.

Les banqueroutiers frauduleux sont traduits devant la Cour d'assises, sur la poursuite du ministère public, intentée d'office ou d'après la dénonciation des créanciers. Ils sont punis des travaux forcés à temps (2).

1248. Il est à remarquer, au surplus, qu'il n'est pas nécessaire, pour que des poursuites en banqueroute simple ou frauduleuse soient intentées contre un commerçant, qu'il ait été

(1) C. com., 584; C. pén., 402.
(2) C. com., 592; C. pén., 402.

préalablement déclaré en état de faillite. La poursuite et la répression des délits ne peut dépendre des actes et des jugements intervenus au civil. C'est un point que j'ai déjà eu l'occasion d'examiner et sur lequel il est inutile de revenir ici (1).

1249. Dans tous les cas de poursuite et de condamnation en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse, les actions civiles, autres que celles en restitution et en dommages-intérêts contre les complices, restent séparées de l'action publique : et toutes les dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite, sont exécutées sans qu'elles puissent être attribuées aux tribunaux criminels, ni attirées ou évoquées par eux. Cependant les syndics de la faillite sont tenus de remettre au ministère public toutes les pièces, titres, papiers et renseignements qui leur seront demandés. Les pièces, titres et papiers délivrés par les syndics sont, pendant le cours de l'instruction, tenus en état de communication par la voie du greffe; cette communication a lieu sur la réquisition des syndics qui peuvent y prendre des extraits privés, ou en requérir d'authentiques qui leur sont expédiés par le greffier. Ces pièces, titres et papiers sont, après le jugement, remis aux syndics qui en donnent décharge, sauf néanmoins les pièces dont le jugement ordonnerait le dépôt judiciaire (2).

1250. Je m'arrête. Ces courtes indications doivent suffire pour mettre sur la voie des difficultés qui naissent de la matière, et dont l'examen sortirait de mon sujet. Je me suis uniquement proposé, en exposant les notions qui précèdent, de compléter le tableau de la position exceptionnelle dans laquelle la faillite place la personne du débiteur, mais non d'approfondir des questions qui, touchant d'un côté au droit civil, rentrent cependant plus particulièrement dans le droit criminel.

(1) V. *sup.*, n. 1167.
(2) C. com., 601 et suiv.

CHAPITRE VI

DES JUIFS.

Sommaire. — 1251. État des juifs avant 1789. — 1252. Changements opérés dans l'état des juifs sous l'Assemblée constituante. — 1253. Mesures dont ils furent l'objet sous l'Empire. — 1254. Décret du 17 mars 1808. — 1255. Ce décret a cessé d'avoir aucun effet à partir de 1818. — 1256. État actuel des juifs. — 1257. Du serment des juifs ; en quelle forme ils doivent le prêter en justice. — 1258. Le serment prêté par un juif dans la forme ordinaire est valable, si ni le juif ni la partie adverse n'ont demandé qu'il fût prêté en une forme particulière. — 1259. Peut-on imposer aux juifs l'obligation de prêter le serment *more judaico ?* — 1260. Un juif peut-il être admis sur sa demande à prêter serment *more judaico ?* — 1261. Résumé. — Transition au titre suivant.

1251. Aujourd'hui la capacité des juifs est en France la même que celle des autres Français, s'ils sont Français, ou des sujets de la nation à laquelle ils appartiennent, s'ils sont étrangers. Mais il n'en a pas toujours été ainsi; et il n'y a pas longtemps qu'ils étaient encore régis par des lois particulières quant à leur capacité civile et commerciale.

Avant 1789 les juifs étaient considérés comme étrangers (1), et exclus par conséquent des droits de cité. Ceux qui étaient nés et établis en France ne furent pas admis, à cette époque, dans les assemblées électorales convoquées pour la nomination des députés aux états généraux. Ils ne le furent pas davantage dans les assemblées communales convoquées en exécution de la loi du 14 décembre 1789, pour l'élection des conseillers municipaux. Ils réclamèrent, et des voix s'élevèrent en leur faveur au sein de l'Assemblée constituante lors de la discussion du décret du 24 décembre 1789 qui avait pour objet la capacité des non-catholiques. Mais l'assemblée, en déclarant par ce décret « les non-catholiques capables de tous les emplois civils et militaires comme les autres citoyens », déclara « n'entendre rien préjuger relativement aux juifs, sur l'état desquels elle se réservait de prononcer »

(1) Il en était de même en Italie : *Hæbræi potius sunt incolæ quam cives*, disait Ansaldus, disc. 41, n. 20.

1252. Peu après cette assemblée adopta, sans discussion, le décret du 30 avril 1790 qui accordait les droits de citoyens à tous ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, étaient établis en France, pourvu qu'ils y eussent un domicile continu depuis cinq ans, et qu'ils y eussent ou acquis des immeubles ou épousé une Française ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelques villes des lettres de bourgeoisie ; et qui ajoutait : « sans entendre rien préjuger sur la question de l'état civil des juifs qui a été et qui est ajournée. »

Enfin l'Assemblée constituante, arrivée au terme de sa carrière, et quand tout nouvel ajournement eût été un refus, rendit, le 27 septembre 1791, un décret par lequel, « considérant que les conditions nécessaires pour être citoyen français, et pour devenir citoyen actif, sont fixées par la constitution, et que tout homme qui, réunissant lesdites conditions, prête le serment civique et s'engage à remplir tous les devoirs que la constitution impose, a droit à tous les avantages qu'elle assure », révoqua « tous ajournements, réserves et exceptions insérées dans les précédents décrets relativement aux individus juifs qui prêteront le serment civique, qui sera regardé comme une renonciation à tous priviléges et exceptions introduits précédemment en leur faveur ».

A partir de cette époque, l'exercice du culte juif n'a plus établi, entre ceux qui l'observent et les Français chrétiens ou autres, qu'une différence de religion et non une différence de nationalité.

1253. Les choses étaient en cet état, et les juifs jouissaient pleinement et sans réserve des mêmes droits que les autres citoyens, lorsque, le 30 mai 1806, il intervint un décret ainsi conçu : « Napoléon... Sur le compte qui nous a été rendu que, dans plusieurs départements septentrionaux de notre empire, certains juifs, n'exerçant d'autre profession que celle de l'usure, ont, par l'accumulation des intérêts les plus immodérés, mis beaucoup de cultivateurs de ces pays dans un état de détresse, nous avons pensé que nous devions venir au secours de nos sujets qu'une avidité injuste aurait réduits

à ces fâcheuses extrémités. Ces circonstances nous ont fait en même temps connaître combien il était urgent de ranimer parmi ceux qui professent la religion juive, dans les pays soumis à notre obéissance, les sentiments de la morale civile qui, malheureusement, ont été amortis chez un trop grand nombre d'entre eux par l'état d'abaissement dans lequel ils ont longtemps langui, état qu'il n'entre point dans nos intentions de maintenir ni de renouveler. Pour l'accomplissement de ce dessein, nous avons résolu de réunir en une assemblée les premiers d'entre les juifs, et de leur faire communiquer nos instructions par des commissaires que nous nommerons à cet effet, et qui recueilleront en même temps leur vœu sur les moyens qu'ils estiment les plus expédients pour rappeler parmi leurs frères l'exercice des arts et des professions utiles, afin de remplacer par une industrie honnête les ressources honteuses auxquelles ceux-ci se livrent de père en fils depuis plusieurs siècles. A ces causes... Nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

« Art. 1er. Il est sursis pendant un an, à compter de la date du présent décret, à toutes exécutions de jugements ou contrats, autrement que simples actes conservatoires, contre les cultivateurs non négociants des départements de la Sarre, de la Roër, du Mont-Tonnerre, des Haut et Bas-Rhin, de Rhin-et-Moselle, de la Moselle et des Vosges, lorsque les titres contre ces cultivateurs auront été consentis par eux en faveur des juifs.

« Art. 2. Il sera formé, au 14 juillet prochain, dans notre bonne ville de Paris, une assemblée d'individus professant la religion juive, et habitant le territoire français... »

Cette assemblée, convoquée dans la forme et au nombre prescrit par les articles suivants du même décret (1), se réunit à Paris à l'époque fixée sous la présidence de M. Abraham Furtado, juif de Bordeaux. MM. Molé, Pasquier et Portalis, alors maîtres des requêtes, avaient été nommés commissaires de l'empereur chargés de communiquer avec l'assemblée, et de lui présenter un certain nombre de questions

(1) Il y avait 113 juifs, rabbins, propriétaires, négociants, banquiers.

qu'elle avait à résoudre, et qui toutes avaient pour but de rechercher si les principes de la religion et de la loi de Moïse pouvaient se concilier avec nos lois civiles et politiques. Les réponses de l'assemblée, à qui on avait demandé de faire connaître la vérité tout entière, sur ces questions qui portaient principalement sur le mariage, le divorce, la fraternité avec les Français, l'usure, furent satisfaisantes, et firent preuve des lumières de ceux qui la composaient. Tous comprirent qu'il fallait faire plier, devant l'exigence des temps, les principes trop exclusifs de leur religion ; et que la nationalité française exigeait qu'ils modifiassent ou interprétassent la loi de Moïse de manière à la rendre compatible avec les obligations qu'imposait cette nationalité. Il résulta de l'ensemble de ces réponses que les juifs se considéraient comme Français et soumis en tout aux lois civiles et politiques de la France ; qu'ils regardaient les Français comme des frères et non comme des étrangers ; que leur loi religieuse ne leur faisait pas un précepte de faire l'usure, qu'elle leur permettait seulement de prêter à intérêt modique à ceux avec qui ils faisaient le commerce. Enfin, que, loin de leur défendre de se livrer aux professions utiles, elle leur en faisait au contraire un devoir.

Pour donner à ces réponses une autorité qui les fît accepter par tous les sectateurs de la loi de Moïse, l'empereur convoqua un grand sanhédrin composé, suivant l'ancien usage, de soixante-dix membres sans compter son chef, et auquel toutes les synagogues de l'Europe furent invitées à envoyer des députés. Ce grand sanhédrin, qui se constitua à Paris le 4 février 1807, convertit en quelque sorte en articles de foi les décisions de l'assemblée qui l'avait précédé. Il déclara que la loi de Moïse contenait des dispositions religieuses et des dispositions politiques ; que les dispositions religieuses étaient, par leur nature, absolues et indépendantes des circonstances et des temps ; mais qu'il n'en était pas de même des dispositions politiques, c'est-à-dire de celles qui constituaient le gouvernement, et qui étaient destinées à régir le peuple d'Israël dans la Palestine, lorsqu'il avait ses rois, ses

pontifes et ses magistrats ; que les dispositions politiques ne pouvaient être applicables depuis qu'il ne formait plus un corps de nation ; qu'en consacrant cette distinction, le grand sanhédrin déclarait un fait incontestable, et qu'en déterminant les conséquences de ce fait, il enjoignait à tous ses coreligionnaires des deux sexes d'observer ses statuts, regardant tous ceux qui les violeraient ou en négligeraient l'observation comme péchant notoirement contre la volonté du Seigneur, Dieu d'Israël (1).

Ces mesures successives consommèrent la consécration des droits civils et politiques que l'Assemblée constituante avait accordés aux juifs, et plusieurs décrets en confirmèrent les conséquences (2).

1254. Il y avait dès lors lieu de croire que les juifs resteraient en tout assimilés aux autres Français ; mais il n'en fut rien. Un décret du 17 mars 1808, après avoir levé le sursis prononcé par le décret du 30 mai 1806, les soumit à des mesures exceptionnelles qui rappelaient beaucoup trop celles dont ils avaient été plus d'une fois frappés dans les temps les plus mauvais du moyen âge. Aux termes de ce décret, les engagements pour prêt, faits par des juifs à des mineurs, sans l'autorisation de leurs tuteurs, à des femmes mariées, sans l'autorisation de leur mari, à des militaires, sans l'autorisation de leurs capitaines ou chefs de corps, étaient nuls de plein droit. — Les juifs ne pouvaient exiger d'un particulier non commerçant le payement d'aucune lettre de change, billet à ordre, obligation ou promesse, sans prouver que la valeur en avait été fournie entière et sans fraude ; — toute créance due à un juif dont le capital était aggravé d'une manière patente ou cachée par l'accumulation d'intérêts à plus de cinq pour cent, devait être réduite par les tribunaux, et annulée si l'intérêt excédait dix pour cent ; — nul juif ne pouvait se livrer au commerce qu'à la charge de prendre une patente et de la faire renouveler chaque année ; — les actes de commerce faits

(1) Voy. dans le *Répert.* de M. Merlin, v° *Juifs*, sect. V, § 4, le texte des délibérations de l'assemblée générale et du sanhédrin.

(2) Voy. *ibid.*

par les juifs non patentés étaient de nulle valeur, ainsi que les hypothèques constituées pour les créances qui en résulteraient; — les contrats non commerciaux souscrits au profit des juifs non patentés étaient soumis à révision; — les juifs ne pouvaient prêter sur nantissement qu'autant qu'il en était dressé acte par-devant notaire, constatant la numération des espèces. Enfin, ces diverses dispositions devaient avoir leur exécution pendant dix ans, sauf à en prolonger l'exécution s'il était jugé convenable.

L'exécution de ces mesures a donc cessé de plein droit en 1818, sans que le gouvernement ait tenté de les renouveler. Ceux contre qui elles étaient dirigées avaient prétendu que la Charte de 1814 avait abrogé de plein droit le décret du 14 mars 1808. Mais plusieurs arrêts de la Cour de cassation décidèrent qu'il avait conservé sa force pour toute la durée qui lui était assignée par son auteur (1).

1255. Du reste, le décret du 11 mars 1808, en cessant d'avoir exécution à partir de 1818, a perdu toute autorité, même sur les actes passés sous son empire, mais dont l'exécution n'a dû avoir lieu qu'après l'expiration du temps pendant lequel il est resté en vigueur. Ces dispositions s'appliquaient beaucoup moins à la formation même de l'obligation, qu'au droit d'en exiger l'exécution, qui était subordonné à certaines conditions ou à certaines preuves préalables. Ces conditions et ces preuves ne peuvent donc plus être exigées quand le décret n'est plus exécutoire.

1256. En définitive, et dans l'état actuel de la législation, il n'y a aucune différence entre les juifs et les autres Français. Quelques pétitions présentées aux Chambres législatives ont, à plusieurs reprises, demandé le rétablissement du décret de 1808 ou des mesures analogues, mais sans succès. Le droit commun est là pour réprimer la fraude partout où elle se manifeste, et il y a des lois sur l'usure qui suffisent pour réprimer celle à laquelle les juifs seraient encore tentés de se livrer (2).

(1) Cass., 23 janvier et 25 juin 1817, S., 5, 1, 275 et 338.

(2) Un sénatus-consulte du 14 juillet 1865 qui déclare Français les indigènes israélites de l'Algérie, dispose cependant, par son article 2, qu'ils

1257. Il n'y a plus aujourd'hui qu'une seule question sur laquelle la qualité de juif puisse exercer une certaine influence. C'est celle de savoir si les juifs, auxquels est déféré le serment judiciaire, ou qui sont appelés à prêter serment en qualité de témoins, peuvent être assujettis à le prêter dans la forme particulière à leur religion, s'ils demandent à le prêter dans la forme ordinaire; ou bien, au contraire, si, dans le cas où ils ne pourraient être contraints à prêter serment suivant le rite juif, ils peuvent cependant être admis à ne le prêter que dans cette dernière forme.

1258. La religion juive admet plusieurs formules de serment : les unes, observées plus particulièrement par les juifs du Nord qui suivent le rite hébraïque allemand dont le Talmud forme une des bases, les autres, par les juifs du Midi qui suivent le rite hébraïque portugais, uniquement fondé sur la loi de Moïse. Des lettres patentes du 10 juillet 1784, qui ont cessé d'avoir aucune autorité lorsqu'a disparu l'état de choses avec lequel elles s'harmoniaient, imposaient aux juifs la nécessité de prêter serment de la même manière que les juifs d'Allemagne. Suivant ce rite très-solennel, le serment est prêté entre les mains du rabbin, à la synagogue (1). Quant aux juifs du Midi, il existe une ancienne formule de serment rappelée dans les statuts que leur donna l'archevêque d'Arles en 1450, qui paraît avoir été fort longtemps en usage (2). Les malédictions forment la base de ces deux formules (3). Il en est une autre beaucoup plus simple, et qui paraît avoir été commune à tous les Hébreux. Suivant cette formule, le juif, la main étendue sur une bible, la tête couverte, promet à Dieu de dire la vérité.

continueront à être régis par leur statut personnel. Sur l'application de ce décret voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 5 déc. 1871, S., 71, 1, 189. — Voy. aussi les décrets du 24 octobre 1870 ; et *sup.*, n. 983.

(1) Voy. un procès-verbal de ce serment, contenant le détail de toutes les formalités qu'il comporte, S., t. III, 1re part., p. 312.

(2) Depping, *Des Juifs dans le moyen âge*, p. 327. Voy. *ibid.*, cette formule fort curieuse.

(3) *Habent hoc, meo judicio, Judæi peculiare ut ipsorum jusjurandi formulæ tonent, fulminent, percellantque animos hominum.* Wagenseil, p. 378.

Suivant la loi française, au contraire, il suffit, pour faire serment, de dire : *Je jure*. C'est là la forme légale, parce que *faire serment d'une chose*, ou *jurer une chose*, sont deux locutions parfaitement synonymes dans notre langage qui a aussi ses lois. La loi, en n'établissant aucune forme substantielle et solennelle autre que cette locution : *Je le jure*, s'est conformée à la liberté des cultes, qui ne permettait pas d'imposer des formules puisées dans un rite religieux plutôt que dans un autre, et qui auraient pu être contraires aux croyances, ou aux habitudes des citoyens appelés à prêter serment en justice. D'après le texte comme d'après l'esprit de toutes celles de ces lois qui exigent un serment, il suffit donc que celui qui est appelé à prêter serment sur un fait, dise : *Je le jure*, parce que le juge, qui n'a pas à rechercher les croyances religieuses de chacun, doit nécessairement se contenter d'une formule générale qui, placée en dehors de tout rite particulier, admet toutes les croyances sans en exclure aucune (1).

Le serment prêté par un juif en la forme ordinaire est donc valable, si le juge, d'office, ou sur la demande de la partie qui a intérêt à ce que le serment soit prêté dans une forme plutôt que dans une autre, n'a pas imposé au juif un serment particulier, ou si le juif lui-même n'a pas demandé à ne prêter le serment que dans la forme admise ou prescrite par sa religion.

Mais le juge peut-il contraindre le juif à prêter serment suivant le rite hébraïque? Le juif peut-il être admis à ne prêter serment que suivant ce même rite ? C'est là que commence la difficulté. Examinons d'abord la première partie de la question.

1259. Si le serment prêté par un juif dans la forme ordinaire est valable, c'est-à-dire, si ce serment suffit à la régularité de la procédure au cours de laquelle il doit être prêté, ou à l'accomplissement de la condition qui consiste dans la prestation d'un serment ; si ce serment suffit, ce qui ne saurait être douteux, pour que le juif devienne passible des pei-

(1) Cass., 19 mai 1826, S., 8, 1, 344 ; et 10 juillet 1828, S., 9, 1, 128.

nes prononcées contre les faux témoins (1) et les parjures (2), on ne voit pas pourquoi les juges seraient autorisés à exiger plus que ce qui est suffisant. Celui qui prête un serment remplit une obligation ou un devoir, et, en matière d'obligations comme en matière de devoirs, on a fait tout ce qu'on doit, quand on a fait tout juste ce qu'on doit.

Cependant plusieurs arrêts et la majorité des auteurs (3) décident que les juifs peuvent être astreints à prêter le serment, suivant le rite hébraïque, *more judaico*. Cette opinion se fonde sur ce que le serment est à la fois un acte religieux et un acte civil, d'où l'on conclut que celui qui appartient à une religion ne peut se refuser à le prêter suivant le rite admis par cette religion, puisque, dit-on, le serment n'est efficace qu'autant qu'il est prêté dans une forme qui, d'après le culte de celui qui est appelé à le faire, le rend obligatoire et sacré.

En raisonnant ainsi, on oublie, tout en le reconnaissant d'ailleurs, que le serment, s'il est un acte religieux, est aussi un acte civil, et l'on ne tient compte que de ce qu'il est un acte religieux.

Sans doute le serment est un acte religieux, en ce sens que celui qui prête serment prend Dieu à témoin de la vérité du fait qu'il affirme; mais c'est un acte civil et purement civil, en ce sens que sa validité et la force obligatoire que la loi y attache ne dépendent point d'une forme plutôt que d'une autre, et ne supposent jamais la nécessité d'une cérémonie religieuse ou d'une solennité appartenant à tel ou tel culte. C'est un acte religieux en lui-même et sans acception de culte, parce que, dès que tous les cultes admettent un Dieu, prendre ce Dieu à témoin, c'est faire un acte religieux ; mais

(1) C. pén., 363.
(2) *Ibid.*, 366.
(3) Colmar, 3 mars 1815, S., 5, 2, 40 ; 18 janvier 1828, *ibid.*, 9, 2, 13 ; Nancy, 13 juillet 1808, S., 2, 2, 516 ; Pau, 11 mai 1830, *ibid.*, 9, 2, 442 ; Colmar, 12 mai 1841, S., 42, 2, 493 ; Alger, 18 juin 1845, S., 46, 2, 138 ; Toullier, t. X, n. 451 ; Duranton, t. XIII, n. 593 ; Carré, *Lois de la procéd.*, n. 519 ; Favard, *Répert.*, v° *Serment*, sect. III, § 1, n. 23 ; M. Morin, *Journal des avoués*, t. LXVI, p. 257 ; M. Devilleneuve, *Collect. nouvelle* de Sirey, t. III, prem. partie, p. 210.

c'est un acte civil, parce que la loi qui admet tous les cultes, s'impose à tous, doit être la même pour tous, et que dès lors les actes qu'elle prescrit se suffisent à eux-mêmes dans la forme qu'elle admet, sans avoir besoin du concours supplémentaire de solennités prises dans le rituel d'un culte auquel elle doit rester étrangère et dont elle ne doit jamais se préoccuper. En d'autres termes, le serment est un acte religieux dans son essence, et civil dans sa forme; de telle sorte qu'on ne peut jamais imposer à celui qui est appelé à le prêter, une forme qui suppose une croyance religieuse plutôt qu'une autre, parce que devant la loi, et par conséquent devant le juge, il n'y a ni juifs, ni chrétiens : il n'y a que des Français et des citoyens.

On insiste et l'on dit que les juifs ne se croient liés que par le serment *more judaico*, et que dès lors le serment, pour être efficace, comme acte religieux, doit leur être imposé dans une forme qui produise, selon leur croyance, un engagement religieux (1).

Mais on argumente là d'un fait du for intérieur qu'il n'est permis ni de rechercher ni de savoir. Dès que la loi, en admettant tous les cultes, ne fait acception d'aucun d'eux dans tous les rapports civils, il n'est pas permis, dans l'accomplissement d'un acte dont la forme est purement civile, bien qu'il produise un lien religieux, de se préoccuper des croyances de celui qui est appelé à faire cet acte, de scruter sa conscience pour lui demander ce qu'il croit ou ce qu'il ne croit pas, de transporter le temple ou la synagogue dans le prétoire, et de changer une discussion judiciaire en dispute théologique. Dans ce système, on serait conduit, avant de déférer le serment à une partie, à lui demander à quel dieu elle croit et même si elle croit à un dieu; car il est manifeste que l'athée

(1) Le contraire résulte d'une déclaration des grands rabbins du consistoire de Paris, du 16 novembre 1816. D'après cette déclaration, « le serment judiciaire, prêté par un Israélite, dans quelques cas et en quelque lieu que ce soit, en prononçant ces paroles : *je jure*, selon la forme généralement en usage en France, est pour lui un *acte religieux* qui a toute la force et toute la rigueur du serment, et qui l'oblige en conscience à dire la vérité, sans qu'aucune autre intervention, aucune formalité ni cérémonie quelconque soient nécessaires. »

ne se croira pas religieusement obligé en prenant à témoin Dieu en qui il ne croit pas. Le serment est un acte d'une nature toute particulière, dont l'utilité est fort contestable et fort contestée. Il n'est peut-être ni bon ni moral de placer l'homme entre son intérêt et le parjure. Mais le serment étant admis par la loi, il faut l'accepter avec ses inconvénients, ses dangers et ses déceptions, et ne pas chercher à corriger ce qu'il peut avoir de mauvais par des précautions dont l'arbitraire est le moindre défaut.

Il est évident que derrière tous les raisonnements qui ont été faits pour justifier l'opinion que je combats, se trouve le vieux préjugé contre les juifs qui, en dépit des lois, se cache encore au fond des mœurs, à l'insu peut-être de ceux qui le partagent. Instinctivement, plutôt que par réflexion, on les considère encore, en certains pays du moins, comme des gens contre lesquels on ne saurait prendre trop de précautions. Que ceux qui sont imbus de ces idées (et sans aucun doute ils se trompent) prennent contre eux toutes les précautions légales, ils sont dans leur droit ; mais lorsqu'un juif est appelé à accomplir, devant les tribunaux, un acte civil dans sa forme, bien que religieux dans son essence et quant au lien, je ne saurais admettre qu'on puisse lui imposer une forme particulière et autre que celle à laquelle sont soumis les autres Français. L'égalité devant la loi suppose non-seulement l'égalité de droits et de devoirs, mais encore l'égalité dans la manière d'user des uns et d'accomplir les autres. La liberté des cultes, qui consiste aussi bien dans le droit de suivre telle religion qui convient que dans la faculté de n'en observer aucune, est incompatible avec l'obligation que les tribunaux imposeraient aux citoyens de faire un acte extérieur se rapportant à un culte quelconque. Celui qui est libre de faire ou de ne pas faire, ne peut être forcé de faire : autrement, il n'y aurait plus de liberté.

Je crois donc fermement qu'un juif ne peut jamais être tenu de prêter un serment *more judaico*, et qu'il satisfait pleinement à la loi lorsqu'il fait un serment dans la forme civile suivie par tous les Francais (1).

(1) Turin, 22 fév. 1809, S., 3, 2, 30; Nîmes, 10 janv. et 10 juin 1827,

1260. Mais, et je passe ici à la seconde partie de la question, de ce que la loi ne peut contraindre à faire un acte religieux que repousserait la conscience de celui qui est appelé à le faire, il en résulte que si la croyance religieuse d'un juif résistait au serment tel qu'il est ordinairement prêté devant les tribunaux, on ne pourrait être fondé à lui refuser la faculté de le prêter dans une forme compatible avec les exigences de ses convictions religieuses (1), pas plus qu'on ne pourrait se refuser à admettre *à affirmer en son âme et conscience*, le quaker auquel il est défendu de *jurer* (2). Ce n'est pas là, comme on l'a prétendu (3), une faveur faite au juif; car quelle faveur y a-t-il à l'admettre à prêter serment dans une forme que lui impose une conscience peut-être trop timorée, et qui, sans doute, ne l'oblige pas moins que le serment ordinaire? Ce n'est pas non plus en vue de la validité du serment qu'il y a lieu d'admettre le juif à le prêter *more judaico*, puisque, ainsi que je l'ai déjà expliqué, le serment est nécessairement et toujours valable en lui-même quand il est prêté dans la forme ordinaire; c'est pour obéir au principe de la liberté des cultes et de la conscience, qui consiste aussi bien dans le droit de faire que dans la faculté de ne pas faire.

Au surplus, tout en reconnaissant le droit des juifs à ne prêter le serment que dans une forme particulière, je m'empresse de dire que c'est un droit dangereux pour ceux qui en font usage et dont on ne manque pas de se faire une arme contre tous pour les forcer à prêter le serment dans la forme à laquelle se rattachent quelques-uns d'entre eux, moins éclairés que les autres. L'arme ne vaut rien, mais elle frappe cependant; il est probable que si certains juifs n'avaient pas

S., 8, 2, 213 et 377; Aix, 13 août 1829, S., 9, 2, 320; Cass., 3 mars 1846, S., 46, 1, 193; Besançon, 15 janv. 1847, S., 47, 2, 142; Cass., 18 nov. 1847, S., 48, 1, 175; Martin, *Quest.*, v° *Serment*, § 2; Chauveau, sur Carré, n. 1028; Sirey, 10, 1, 329. (Anc. Rec.)

(1) Cass., 12 juillet 1810 S., 3, 1, 210; 31 décembre 1812; 18 février et 1er avril 1814, *ib.*, 4, 1, 254, 288 et 318; Turin, 15 juin 1811, S., 3, 2, 508.

(2) Bordeaux, 14 mars 1809; Cass., 28 mars 1810, S., 3, 1, 168; M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Serment judiciaire*, § 1.

(3) M. Merlin, *loc. cit.*

commencé par demander à ne prêter le serment que suivant le rit de leur religion, on n'aurait pas songé à les y astreindre.

1261. Ici se termine ce que j'avais à dire sur les capacités et les incapacités qui atteignent les personnes, suivant l'âge, le degré d'intelligence, la moralité, le sexe, les accidents commerciaux, le culte. Il me reste, pour en finir avec ce qui est relatif au droit des *Personnes,* à exposer les règles particulières aux conjoints et aux héritiers des commerçants qui, sans être commerçants eux-mêmes, peuvent se trouver accidentellement placés dans une position particulière, régie à la fois par le droit commercial et par le droit civil.

TITRE IV

DES CONJOINTS ET DES HÉRITIERS DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 1262. Objet du titre IV. Division.

1262. Dans le droit, comme dans la société, tout se tient. Les règles juridiques applicables à la position particulière de chaque individu rayonnent en quelque sorte autour de lui, et se réflètent sur ceux avec lesquels il se trouve lié par des rapports plus ou moins intimes. Chaque individu est le centre d'une circonférence qui limite et détermine son droit. Toutes ces circonférences se touchent, se croisent, se font des segments réciproques, se superposent suivant qu'elles sont plus ou moins rapprochées, et qu'il y a plus ou moins de rapports entre leurs centres respectifs. La science du jurisconsulte consiste à déterminer ces rapports, à démêler les lignes qui se confondent, à mesurer la portée du rayon; en un mot, à résoudre les problèmes de cette géométrie juridique et morale.

Les liens sociaux ou de famille, qui rapprochent les individus, mettent donc en contact leurs droits réciproques. Le mariage place les conjoints en présence l'un de l'autre; la

succession héréditaire ou testamentaire, en remplaçant le défunt par l'héritier, peut modifier le droit de celui-ci par le droit de celui-là ; et cette opposition, ce concours de droits divers deviennent sensibles, surtout lorsque l'un des époux, ou le défunt se trouve régi par un droit exceptionnel qu'il s'agit de concilier avec le droit commun dont peut se prévaloir l'autre époux ou l'héritier.

Ici, je me propose, pour compléter ce qui regarde le droit des personnes, d'examiner quelle influence la position commerciale de l'un des époux ou du défunt, a sur les droits de l'autre époux ou de l'héritier. Dans un cas, c'est un des conjoints qui partage jusqu'à un certain point la position de l'autre; dans l'autre cas, ce sont les droits et les obligations du defunt qui passent à son heritier; mais dans l'un comme dans l'autre, c'est toujours la position personnelle du commerçant qui réagit sur le droit du conjoint ou de l'héritier, et le modifie.

Occupons-nous d'abord des conjoints ; nous passerons ensuite à l'examen de ce qui regarde les héritiers.

CHAPITRE PREMIER

Sommaire. — 1263. Division du chapitre I[er].

DES CONJOINTS DES COMMERÇANTS.

1263. En traitant du mariage des commerçants (1) et de la capacité des femmes pour faire le commerce (2), j'ai expliqué plusieurs des droits particuliers aux conjoints dont l'un a embrassé la profession commerciale. C'est ainsi qu'on a vu leurs obligations réciproques quant à leur contrat de mariage (3), et quant aux modifications que ce contrat peut recevoir dans la suite (4). C'est ainsi qu'on a vu encore comment le mari peut

(1) Voy. *sup.*, tit. II, chap. III.
(2) Voy. *sup.*, tit. III, chap. IV.
(3) Voy. *sup.*, n. 1012 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, n. 1020 et suiv.

être engagé par les opérations de sa femme marchande publique (1); et aussi comment la femme peut être, en certains cas, obligée personnellement par la part qu'elle prend dans le commerce de son mari (2).

Pour compléter ce qui a déjà été dit à ce sujet, nous allons suivre les époux dans les divers régimes matrimoniaux entre lesquels la loi leur permet de choisir; puis ensuite nous examinerons les modifications profondes que l'état de faillite apporte aux droits généraux du conjoint du failli.

SECTION I. — DROITS GÉNÉRAUX DES ÉPOUX.

SOMMAIRE. — 1264. Des divers régimes matrimoniaux. — 1265. Liberté des conventions matrimoniales. — 1266. Elles ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage. — 1267. Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, contracter entre eux une société civile ou commerciale. — 1268. Le régime de la communauté est le droit commun du mariage. — 1269. Définition de la communauté. Ses caractères. — 1270. Quels biens entrent en communauté. — 1271. Actif de la communauté. Mobilier présent et futur. Produits de l'industrie des époux. — 1272. Marchandises. Fonds de commerce. — 1273. Offices vénaux. — 1274. Droits de propriété littéraire ou artistique. — 1275. Distinctions. *Quid* des produits des droits d'auteur? — 1276. *Quid* des droits d'auteur en eux-mêmes? — 1277. Droits de la veuve d'un auteur. — 1277 *bis*. Loi du 14 juill. 1866. — 1278. Droits du mari d'une femme auteur. — 1279. Application des règles qui précèdent aux brevets d'invention. — 1280. Cession des droits d'auteur ou d'inventeur. — 1281. Quand les actions sociales tombent-elles en communauté? — 1282. Des navires. — 1283. Produit des usines ou manufactures. — 1284. Quand la communauté a-t-elle droit au produit des mines et carrières? — 1285. La communauté ne comprend pas les choses mobilières distraites d'un immeuble. Outillage d'une manufacture. — 1286. Des acquêts immobiliers. — 1287. Passif de la communauté. Dettes. — 1288. Les dettes de la communauté peuvent aussi être personnelles aux époux. — 1289. Administration de la communauté. — 1290. Le mari peut exercer les actions qui appartiennent à la femme. — 1291. *Quid* de l'administration du commerce de la femme, et des actions qui y sont relatives? — 1292. Dissolution de la communauté. Séparation de biens. — 1293. Liquidation. Créances de la communauté contre les conjoints; créances des conjoints contre la communauté. Reprises. — 1294. Hypothèque légale. Renvoi. — 1295. Hypothèque légale de la femme d'un associé. — 1296. Mode d'exercice des reprises de la femme. — 1297. Partage. Licitation. — 1298. Licitation d'un fonds de commerce. — 1299. Payement

(1) Voy. *sup.*, n. 1130 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 1137 et suiv.

des dettes. Comment on reconnaît si les dettes sont antérieures à la dissolution de la communauté. — 1300. Dettes résultant d'un compte courant. Distinctions. — 1301. La femme ne peut être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se soit obligée personnellement. Peut-elle être contrainte par corps? — 1302. Renonciation à la communauté. — 1303. Son effet relativement aux dettes. — 1304. Conditions de la renonciation. — 1305. Modification du régime de la communauté. — 1306. De la communauté réduite aux acquêts. — 1307. De la clause de réalisation ou d'apport. — 1308. De l'ameublissement. — 1309. De la communauté universelle. — 1310. De la séparation de dettes. — 1311. De la clause de franc et quitte. — 1312. De la reprise de l'apport malgré renonciation. — 1313. Du préciput conventionnel. — 1314. Du partage inégal. — 1315. Régimes exclusifs de la communauté. — 1316. Régime simplement exclusif de la communauté. — 1317. Clause de séparation de biens. — 1318. Régime dotal; son caractère. Inaliénabilité de la dot. — 1319. De la constitution de la dot. — 1320. Inaliénabilité de la dot mobilière. — 1321. Des paraphernaux. — 1322. Des dettes. — 1323. Aliénation de la dot pour tirer les époux de prison, ou pour payer les dettes antérieures de la femme. — 1324. Conclusion. — 1325. Compétence relativement aux veuves des commerçants. Renvoi.

1264. Les droits des époux varient suivant le régime sous lequel ils ont contracté mariage.

Les différents régimes auxquels peuvent se soumettre les époux se réduisent à deux principaux : le régime de la communauté et le régime exclusif de la communauté. L'un et l'autre se subdivisent : le régime de la communauté est susceptible de plusieurs modifications qui en étendent ou restreignent les effets ordinaires ; quant au régime exclusif de la communauté, il comprend le régime simplement exclusif de la communauté, le régime de la séparation de biens, et le régime dotal.

1265. Toutes les conventions que peuvent faire les époux en se mariant rentrent nécessairement sous un de ces régimes ; et ils peuvent faire toutes celles qu'ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs (1).

1266. C'est du reste un principe fondamental en matière de conventions matrimoniales, qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage, par la seule volonté des

(1) C. civ., 1387.

époux, quel que soit d'ailleurs le régime sous lequel ils se sont placés (1).

1267. Il suit de là que, pendant le mariage, les époux ne peuvent contracter entre eux aucune société civile ou commerciale, puisque cette société, en modifiant leurs rapports et leurs droits respectifs, aurait nécessairement pour résultat de modifier les conventions matrimoniales qui auraient déjà réglé leurs rapports et leurs droits (2). M. Duvergier, en émettant la même opinion (3), semble la restreindre à la prohibition d'une société universelle; mais je ne vois aucune raison pour distinguer entre les sociétés universelles et les sociétés particulières, puisque les unes et les autres donnent aux époux, sur tout ou partie de leurs biens respectifs, des droits autres que ceux qu'ils puisent dans leurs conventions matrimoniales. Toute société d'ailleurs suppose, pour chacun des associés, la faculté d'aliéner, l'un au profit de l'autre, les choses mises en société; et on sait qu'il est de principe que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux (4). On sait aussi que toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables (5); et une société universelle ou particulière donnerait aux époux un moyen facile de se faire des avantages irrévocables déguisés sous la forme de gains sociaux.

M. Duranton commet sur la même question une autre erreur. Il reconnaît que les époux, mariés sous le régime de la communauté, ne peuvent mettre en société les biens exclus de la communauté, parce que, dit-il, ils ne peuvent changer en rien la communauté ordinaire qu'ils auraient d'abord établie, ou leurs autres conventions matrimoniales. Mais, ajoute-t-il, rien n'empêcherait les époux séparés de biens par le

(1) C. civ., 1395.

(2) Cass., 9 août 1851, S., 52, 1, 281; Paris, 14 avril 1856, S., 56, 2, 369; 9 mars 1859, S., 59, 2, 502; et Metz 22 août 1861, S., 62, 2, 330. M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. I, n. 206 et suiv.; MM. Bravard et Demangeat, t. I, p. 153.

(3) *Du contrat de société*, n. 102.

(4) C. civ., 1595.

(5) C. civ., 1096.

contrat de mariage, d'établir entre eux une société même universelle; car ils n'altéreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales (1); comme si les conventions matrimoniales n'étaient pas changées aussi bien lorsqu'on rend communs des biens dont une séparation de biens conventionnelle a laissé la propriété et la jouissance à l'un ou à l'autre des époux, que lorsqu'on rend communs, en les mettant en société, des biens exclus de la communauté légale ou conventionnelle (2) ?

Mais cette prohibition d'entrer en société ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'une association de personnes et de capitaux, et non au cas où il s'agit seulement d'une association de capitaux, par exemple de la prise d'actions dans une société anonyme ou dans une société en commandite. Il n'y a plus ici qu'un placement de fonds; et la circonstance que l'un des époux fait partie d'une société de cette nature n'est pas une raison pour en exclure l'autre.

1268. A défaut de stipulations spéciales qui établissent et déterminent le régime sous lequel les époux entendent se placer, ils sont réputés avoir adopté le régime de la communauté, tel qu'il est réglé par le Code civil.

La communauté est donc le droit commun du mariage; de telle sorte que s'il n'y a pas de contrat de mariage, c'est la communauté qui en régit les effets; et que, de plus, lors même qu'il y a un contrat de mariage qui substitue une communauté conventionnelle à la communauté légale, les conventions matrimoniales doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la communauté légale.

1269. La communauté légale est une société universelle de biens entre le mari et la femme, qui, sauf conventions contraires, est établie par le fait même du mariage, et qui ne se dissout que par la dissolution du mariage, ou par certaines

(1) T. XVII, n. 349, note 1. Telle est aussi l'opinion de M. Alauzet, t. I, n. 35.

(2) Paris, 9 mars 1859, S., 59, 2, 502. — V. aussi un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1860, qui a évité de se prononcer sur la question en annulant une société entre époux séparés de biens, comme pouvant constituer au profit de l'un d'eux des avantages excessifs. S., 60, 1, 414.

causes particulières qui, sans dissoudre le mariage, en modifient judiciairement les conventions (1).

Cette société ou association conjugale est d'une nature toute particulière, et se distingue profondément des sociétés ordinaires, civiles ou commerciales. Elle s'en distingue et quant à son but et quant à sa constitution.

Quant à son but, la loi et la nature lui donnent pour base moins l'intérêt que l'affection. Comme l'a très-bien fait remarquer un éminent jurisconsulte (2), la société ordinaire a pour but un profit à réaliser; l'association conjugale a en vue une famille à fonder. Cependant, il faut bien le reconnaître, les hommes, avant d'entrer dans l'association conjugale, font partie de la grande société humaine, à laquelle les progrès de la civilisation, les besoins qu'elle a créés, les exigences qu'elle a fait naître, ne permettent pas de négliger le profit et de séparer l'intérêt de l'affection. Le bonheur, la prospérité de la famille dont le fondement est le but principal de l'association conjugale, rendent nécessaire, à côté de l'union des personnes, l'association des fortunes et des capitaux. L'association conjugale devient dès lors un *commerce* dans l'acception la plus large de ce mot (3); et il arrive souvent, parce qu'il doit nécessairement en être ainsi, surtout dans le commerce proprement dit (4), que l'union des personnes n'est qu'un moyen d'associer les capitaux, et quelquefois même l'industrie des époux.

Quant à sa constitution, la société conjugale diffère aussi des sociétés ordinaires; car tandis que dans les sociétés ordinaires les associés sont égaux en pouvoir, en ce sens que les uns et les autres ont une égale aptitude pour l'administration de l'entreprise, et peuvent les uns et les autres être investis du droit d'administrer, dans l'association conjugale, au contraire, le mari est investi du droit exclusif et inaliénable d'administrer le fonds commun, et même d'en disposer seul

(1) Voy. *sup.*, n. 1113, et *inf.*, n. 1292.

(2) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 51.

(3) Voy. t. I, n. 3.

(4) Voy. *ibid.*

et sans le concours de la femme (1); et, comme nous le verrons bientôt, les obligations qu'il contracte seul obligent la communauté, tandis que les obligations de la femme ne lient la communauté qu'autant qu'elle s'oblige conjointement avec son mari ou avec son autorisation (2).

Du reste, il y a entre la société conjugale et les sociétés commerciales ce point de ressemblance que les unes et les autres forment une personne morale distincte de la personne même des associés, et qui a des intérêts propres. La communauté est en quelque sorte une tierce personne placée entre les deux époux (3). Cela est si vrai, que, dans toutes les actions qui intéressent la communauté, le mari procède valablement seul en sa qualité d'administrateur de la communauté, et qu'il n'est pas nécessaire de mettre en cause la femme copropriétaire des biens qui la composent.

1270. Quoique la communauté soit une société universelle, elle ne comprend cependant pas tous les biens des époux; elle ne comprend que tous les biens d'une certaine nature.

Elle n'est pas non plus chargée de toutes les dettes des époux : mais seulement de certaines dettes.

Comme dans toute société, les choses que comprend la communauté ou qui lui sont dues, en forment l'actif; ce qu'elle doit en forme le passif. Analysons ces deux éléments de sa composition.

1271. Aux termes de l'article 1401 du Code civil, la communauté se compose activement, quant au mobilier, en premier lieu de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage; ensemble, ajoute le même article, de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession, ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire. Sur quoi, l'on peut se demander si cette

(1) C. civ., 1421.
(2) Voy. *sup.*, n. 1137 et suiv.
(3) Delvincourt, t. I, p. 528 (édit. de 1813); Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n. 279; Duranton, t. XIV, n. 96; Marcadé sur les art. 1402 et suiv.; M. Troplong, n. 306. — En sens contraire Toullier, t. XII, n. 82; MM. Rodière et Pont, t. I, n. 296. — V. aussi Zachariæ (édit. Massé et Vergé), t. IV, § 638, note 2.

disposition générale, quant aux meubles possédés par les époux au moment de la célébration du mariage, est aussi générale relativement aux meubles qui leur échoient pendant le mariage, et s'applique non-seulement à ceux qui proviennent de donation ou de succession, mais encore à ceux qui ont une autre origine, par exemple aux produits de leur industrie. Mais il est constant que sur ce point il n'y a pas lieu de distinguer. L'esprit de la loi (1), conforme à l'ancienne jurisprudence du parlement de Paris (2), a été de comprendre dans la communauté tout le mobilier présent et futur des époux (3). Il est manifeste, en effet, que la loi, qui fait entrer dans la communauté les successions et les donations mobilières doit, à plus forte raison, y faire entrer les acquisitions mobilières faites par l'un ou par l'autre soit avec des revenus qui sont communs, ainsi que nous allons le voir tout à l'heure (4), soit avec les produits de leur travail commun, ou même du travail particulier de l'un d'eux, parce que, sous le régime de la communauté, toutes les forces particulières doivent converger vers un but commun qui est le bien-être de la famille. La mauvaise rédaction de l'article 1401 se ressent de l'imperfection de la plupart des dispositions du Code sur les objets mobiliers. La fortune mobilière, au commencement de ce siècle, était loin d'avoir acquis les développements prodigieux auxquels elle est parvenue de nos jours; elle n'avait même pas encore fait soupçonner sa puissance; et nous aurons plus d'une fois l'occasion de remarquer l'incertitude et l'insuffisance du législateur toutes les fois qu'il a eu à s'en occuper.

(1) Locré, t. XIII, p. 180 et suiv.

(2) Pothier, *De la communauté*, n. 26.

(3) Toullier, t. XII, n. 93; Duranton, t. XIV, n. 106. «... Les meubles, disait M. Berlier, dans son *Exposé des motifs* au corps législatif, étaient régis diversement par les diverses coutumes : ainsi dans plusieurs, la communauté ne profitait que des meubles existants lors du mariage, tandis qu'ailleurs on ne faisait nulle distinction entre les meubles existants lors du mariage et ceux qui échéaient pendant son cours. Notre projet a adopté cette dernière vue, et si vous lui accordez votre sanction, la communauté conjugale embrassera, outre les acquêts, les meubles respectifs des époux *présents et futurs*...»

(4) Voy. *inf.*, n. 1283.

1272. Les marchandises possédées par l'un ou par l'autre des époux au moment du mariage tombent donc en communauté; et il en est de même de celles que l'un ou l'autre vient à acheter dans la suite. Il en est de même aussi d'un fonds de commerce (1) : soit qu'il ait appartenu avant le mariage à l'un ou à l'autre des époux, soit qu'il ait été acquis pendant le mariage, soit qu'il ait été formé avec leur industrie, c'est un meuble qui tombe dans la communauté; et comme il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les meubles corporels, et les meubles incorporels, il faut en conclure qu'un fonds de commerce tombe dans la communauté, non-seulement quant aux marchandises, mais aussi quant à l'achalandage (2). Il en serait ainsi alors même qu'il s'agirait d'un commerce qui ne peut être fait sans autorisation préalable : celle que l'époux propriétaire du fonds aurait reçue ne fait aucun obstacle au droit de copropriété de l'autre époux. C'est ce qui a été jugé, implicitement du moins, par la Cour de Cassation le 29 novembre 1842 (3), relativement à la clientèle d'un pharmacien, et c'est ce qu'on devrait décider relativement à tous les commerces privilégiés (4).

1273. Il en est encore ainsi des offices vénaux tels que ceux d'agent de change ou de courtier, possédés par le mari avant le mariage, ou acquis par lui à une époque postérieure (5). Quant à ceux qui sont gratuitement conférés au mari pendant le mariage, il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement, puisque tous les meubles échus aux époux pendant le mariage tombent dans la communauté, quelle que soit leur ori-

(1) Voy. *inf.*, liv. IV, sur le point de savoir si un fonds de commerce doit être considéré comme meuble ou comme immeuble.

(2) MM. Rodière et Pont, t. I, n. 365; M. Troplong, n. 414. — V. aussi Paris, 24 avril 1858, S., 58, 2, 477.

(3) S., 42, 1, 899.

(4) Aux termes de l'art. 55 du règlement du 18 février 1723 non abrogé (Cass., 2 juin 1827; S., 8, 1, 612; D., 27, 1, 263), la veuve non remariée d'un libraire breveté, peut continuer le commerce de la librairie, sans être tenue d'obtenir un nouveau brevet.

(5) Toullier, t. XIII, n. 112; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Communauté*, n. 82; Duranton, t. XIV, n. 130; M. Troplong, n. 412 et 426, M. Pont, *Contr. de mar.*, t. I, n. 447 et suiv.

gine, même lorsqu'ils proviennent de donation : ce qui comprend évidemment les meubles de toute nature acquis à titre gratuit, aussi bien que ceux qui sont acquis à titre onéreux (1). Et je pense qu'on doit décider ainsi alors même que, par le contrat de mariage, les époux auraient exclu de la communauté tout ce qui leur adviendrait par donation, car tout profit gratuit n'est pas une donation, et le gouvernement, qui accorde gratuitement un office, fait un acte d'administration qui n'a de sa part aucun caractère de libéralité (2). Il n'y aurait lieu d'exclure de la communauté l'office conféré gratuitement au mari que si le contrat de mariage excluait lui-même de la communauté tout ce qui adviendrait aux époux par donation ou *autrement* (3), puisque cette expression *autrement* comprend évidemment dans sa généralité tous les titres lucratifs par lesquels les biens peuvent parvenir aux époux pendant le mariage (4).

1274. Ici se présente une question restée jusqu'à ces derniers temps fort délicate : c'est celle de savoir si les droits de propriété littéraire ou industrielle acquis par l'un des époux avant ou pendant le mariage, tombent dans la communauté (5).

Il faut d'abord distinguer entre ceux de ces droits qu'on peut considérer comme personnels à l'un des époux en sa qualité d'auteur ou d'inventeur; et ceux qui font partie de leur fonds de commerce ou de leur industrie, tels que les droits d'auteur ou d'inventeur dont ils se sont rendus cessionnaires.

Occupons-nous d'abord des droits personnels à l'un des époux, et en premier lieu des droits d'auteur.

La loi du 16 juillet 1793 accordait en cette matière, aux auteurs d'écrits en tous genres, aux compositeurs de musique, peintres, dessinateurs, sculpteurs, un droit exclusif au pro-

(1) Agen, 2 décembre 1836, S., 37, 2, 141 ; M. Pont, *ibid*, n. 449.
(2) Douai, 15 nov. 1833, S., 34, 2, 189.
(3) Metz, 24 décembre 1835, S., 36, 2, 255.
(4) Pothier, *De la comm.*, n. 323.
(5) Sur le caractère mobilier de ces différents droits. Voy. *inf.*, liv. IV.

duit de leurs œuvres pendant toute leur vie. D'après cette même loi, le privilége se continuait pendant dix ans au profit des héritiers, après la mort de l'auteur. Mais l'article 39 d'un décret postérieur, du 5 février 1810, ajoutait à ces premières dispositions que le droit de propriété était garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnaient le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans. Une loi du 3 juin 1844 a étendu ce droit aux ouvrages dramatiques; et une autre loi du 8 avril 1854, embrassant tous les genres de propriété littéraire, musicale ou artistique, dispose que les veuves des auteurs, des compositeurs ou des artistes jouiront pendant toute leur vie des droits garantis par toutes les lois antérieures, et porte à trente ans la durée de la jouissance accordée aux enfants. C'est dans ces dispositions qu'avant la loi du 14 juillet 1866, qui a profondément modifié les lois antérieures, se trouvait le siége des difficultés de la matière.

1275. Il est d'abord à remarquer que les lois précitées étant uniquement relatives au règlement des droits du conjoint survivant d'un auteur ne règlent rien sur ce qui se passe pendant la vie des époux, ni sur ce qui doit se passer au cas de prédécès du conjoint de l'auteur.

Pour résoudre les questions qui peuvent se présenter dans l'une et l'autre hypothèse, il faut donc faire abstraction de l'article 39 du décret de 1810, de la loi de 1844 et de celle de 1854 uniquement relatives aux droits des veuves qui survivent à leurs maris, et complétement étrangères au règlement de la communauté, et même de la loi du 14 juillet 1866 qui, pas plus que les autres, n'a eu pour objet de régler les droits des époux sur des biens communs.

Dans les droits d'auteur il faut distinguer deux choses : d'abord le privilége ou plutôt le droit en lui-même, c'est-à-dire le droit exclusif d'exploitation, et le produit de ce droit.

Quant au produit de ce droit, c'est-à-dire, quant au produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, c'est une valeur mobilière que rien ne distingue des autres valeurs mobi-

lières, et qui, comme tout le mobilier possédé par les époux avant le mariage ou échu pendant le mariage, tombe dans la communauté, si les époux sont mariés sous ce régime. Je ne crois pas qu'il puisse y avoir de difficulté sur ce point (1).

1276. Quant au droit en lui-même, il constitue sans doute une valeur mobilière; mais sa nature particulière et exceptionnelle l'exclut de la communauté. C'est un droit exclusif attaché à la personne de l'auteur, chez lequel, ainsi que le dit fort bien M. Renouard (2), cette qualité n'est point effacée par la qualité d'époux; et on ne concevrait pas comment, après la dissolution de la communauté, l'époux auteur survivant pourrait se trouver privé, contre sa volonté, de la moitié d'un droit que la loi lui attribue exclusivement, ou forcé de le racheter pour en rester seul propriétaire. Ce droit en lui-même ne tombe donc pas dans la communauté (3); et par voie de conséquence on doit en dire autant du prix de cession de ce droit vendu par l'époux auteur pendant le mariage; ou du moins ce prix ne tombe dans la communauté que sauf récompense à prélever par l'époux auteur lorsque la communauté est dissoute, suivant les règles tracées par les articles 1433 et suivants du Code civil (4).

Quant au prix du droit vendu avant le mariage, comme le droit n'existe plus au moment où le mariage est célébré et qu'il s'est transformé en une valeur mobilière dont l'origine ne change pas la nature, je pense qu'il suit la règle générale posée par l'article 1401 du Code civil et qu'il tombe dans la communauté.

Lors donc que le conjoint de l'époux auteur vient à décéder, le droit non vendu, de même que le prix de ce droit vendu pendant la communauté, dont les produits sont entrés dans

(1) Toullier, t. XII, n. 116; Duranton, t. XIV, n. 132; M. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, t. II, n. 129.

(2) *Loc. cit.*

(3) M. Renouard, t. II, n. 129; Toullier, t. XII, n. 116; Pardessus, t. I, n. 111; Zachariæ, t. IV, § 640, note 13. — *Contrà*, Duranton, t. XIV, n. 132; MM. Rodière et Pont, t. I, n. 363; M. Troplong, n. 433; Marcadé, sur l'art. 1401; M. Calmels, n. 440.

(4) *Contra*, Toullier, t. XII, n. 116.

la communauté, continuent d'appartenir exclusivement au survivant. Et ce qui le prouve, ce sont précisément les lois des 5 février 1810, 3 août 1844 et 6 avril 1854, qui par cela même qu'elles jugeaient nécessaire de prolonger le droit privatif des maris auteurs au profit de leurs veuves et de leurs enfants, sans rien accorder, comme nous allons le voir tout à l'heure, au mari survivant d'une femme auteur, ont évidemment entendu non régler le partage d'une chose commune entre le mari ou ses héritiers et sa veuve, mais accorder aux veuves et héritiers un bénéfice particulier étranger à toute idée de communauté antérieure.

C'est ce que prouve également la loi du 14 juillet 1866 qui étend au mari survivant d'une femme auteur les droits qu'il accorde à sa veuve, non par des motifs tirés de la nature même du régime de la communauté, en dehors duquel se placent ses dispositions, mais par des considérations tirées de la convenance qu'il peut y avoir à établir entre les époux une complète égalité (1).

1277. Si au contraire l'époux auteur vient à décéder le premier, on entre dans un autre ordre d'idées, régi par l'article 39 du décret du 10 février 1810 et par les lois de 1844, de 1854 et de 1866.

Avant la loi de 1866, il fallait distinguer entre le cas où c'était le mari qui est auteur, et celui où c'était la femme.

En cas de prédécès du mari auteur, le décret de 1810, étendu mais confirmé d'ailleurs par les lois postérieures, garantissait à la femme pendant sa vie la jouissance du droit de propriété, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnaient le droit.

Mais dans quel cas ce droit naissait-il des conventions matrimoniales? C'est ce que la loi ne disait pas et son silence avait donné lieu à de grandes difficultés.

Il ne me semble pas douteux d'abord que la loi de 1810 en parlant de conventions matrimoniales qui donnent à la veuve le droit de jouir pendant sa vie des droits d'auteur

(1) V. le rapport de M. Perras au Corps législatif.

appartenant à son mari, n'a pu entendre parler de conventions matrimoniales qui le lui accordent d'une manière expresse : car, alors, le législateur se serait borné à autoriser une stipulation de cette nature. Il n'est pas douteux non plus qu'il n'a pas voulu accorder ce droit à la femme, dans tous les cas où il ne lui serait pas expressément refusé ; car alors il eût été plus simple de dire que ce droit appartiendrait toujours à la veuve sauf conventions contraires. Il est donc manifeste que la loi a voulu dire que la veuve aurait droit à la jouissance de la propriété littéraire dans tous les cas où la nature de ses conventions matrimoniales ou du régime sous lequel le mariage aurait été contracté n'y résisterait pas.

Mais j'avoue que je rencontre ici une difficulté inextricable et dont il m'est impossible de sortir à l'aide du texte seul de l'article 39 du décret du 5 février 1810. Si, en effet, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, le droit que ce régime conférait aux époux sur leurs meubles réciproques était ici sans influence, puisque j'ai déjà établi que les droits de propriété littéraire ne tombent pas en communauté ; si les époux sont mariés sous un régime exclusif de la communauté, ils ne peuvent se trouver, relativement à ces droits, dans une position meilleure que s'ils étaient communs en biens, et ne peuvent y avoir plus de droit dans un cas que dans l'autre ; de telle sorte qu'à vrai dire, dans la rigueur des principes et de leurs déductions logiques, la veuve ne pourrait jamais trouver dans la nature seule de ses conventions matrimoniales, ou dans le régime sous lequel elle s'est mariée, un droit à une propriété ou à des biens que leur nature tient toujours en dehors de ces conventions tant qu'elles ne s'en expliquent pas d'une manière expresse.

Cependant la loi a voulu dire quelque chose.

Un auteur, M. Parent (1), en s'appuyant sur des renseignements qui lui ont été fournis personnellement par M. Locré, et desquels il résulte que l'intention des rédacteurs du décret de 1810 aurait été de se borner à exclure la femme, lorsque le régime sous lequel elle est mariée ne lui permet de rien pré-

(1) *Lois de la presse*, suppl., p. 458.

tendre sur les biens de son mari, a pensé en conséquence que la veuve devait jouir du droit que ce décret lui assurait dans tous les cas où son contrat de mariage n'était pas exclusif de la communauté en général, ou spécialement du droit de propriété sur les ouvrages de son mari.

Tel me paraît en effet le but probable du décret; et malgré l'insuffisance de ses termes, je pense que c'est à cette explication qu'il fallait se rattacher sous son empire, tout en regrettant une obscurité si complète, qui ne peut s'expliquer que par une grande inattention, ou par une grande inexpérience de la nature même de la chose qu'il s'agissait de réglementer (1).

1277 *bis*. Aujourd'hui toute difficulté a cessé en présence de la loi du 14 juillet 1866 qui effaçant toute distinction entre les veuves communes en biens et les veuves placées sous un autre régime matrimonial, accorde à toutes pendant cinquante ans, à partir du décès de l'auteur, la simple jouissance des droits dont celui-ci n'a pas disposé par acte entre-vifs ou testamentaire. Cette jouissance n'a pas lieu lorsqu'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre la veuve survivante de l'auteur prédécédé; elle cesse au cas où la veuve contracte un nouveau mariage, et elle est d'ailleurs limitée par les droits des héritiers à réserve.

1278. Sous l'empire du décret de 1810, en cas de prédécès de la femme auteur le mari pouvait-il profiter de la disposition de l'article 39 de ce décret?

Évidemment non. Le texte est formel : il ne parle que de la veuve; et le mari ne pouvait dès lors prétendre à un droit qui ne fait pas partie de la communauté, et dont la femme ne trouvait le principe que dans la disposition exceptionnelle de ce décret (2).

Mais aujourd'hui, la loi de 1866 a mis les deux conjoints sur la même ligne : elle dispose d'une manière générale en faveur du conjoint survivant de l'auteur prédécédé. « La

(1) M. Renouard, *ubi sup.*, n. 129 et 130.
(2) M. Renouard, n. 135.

cause de l'égalité a triomphé, disait le rapporteur de cette loi, grâce à quelques exemples fameux de notre temps. »

Pour nous résumer en ce qui concerne les droits d'auteur, il faut reconnaître que les produits seuls de la propriété littéraire ou artistique entrent en communauté ; qu'après le décès du conjoint de l'époux auteur, la communauté n'a plus aucun droit ni à cette propriété, ni à ces produits ; mais qu'après le décès de l'auteur son conjoint a, pendant cinquante ans, la jouissance de ses droits de propriété littéraire ou artistique.

1279. Je passe maintenant aux droits de propriété industrielle consacrés par un brevet d'invention (1); et sur ce point il me reste peu de chose à dire.

Il faut ici, comme en matière de propriété littéraire, distinguer entre le droit lui-même et l'usage du droit ; exclure, par les mêmes motifs, le droit de la communauté, et y faire entrer les produits. En conséquence, lorsque la durée d'un brevet d'invention n'est pas encore expirée lors du décès de l'époux qui l'a obtenu, le survivant ne peut prétendre au droit exclusif qui passe aux héritiers du décédé pour toute la durée dont aurait profité l'inventeur, s'il eût vécu.

1280. Il en est autrement lorsqu'il s'agit non des droits personnels de l'auteur, de l'inventeur ou de leurs conjoints, mais des droits des époux dont l'un s'est rendu cessionnaire de ceux d'un auteur ou d'un inventeur.

Comme ici il ne s'agit plus d'un droit exclusif ou personnel à celui qui en est propriétaire en qualité d'auteur ou d'inventeur, mais d'un droit qui a été acquis comme objet d'exploitation et de commerce, qui entre dans le fonds de commerce ou d'industrie de l'exploitant, on doit décider qu'il tombe dans la communauté comme le fonds de commerce dont il fait partie, non-seulement pour les produits, mais encore pour le droit en lui-même. Il n'y a aucune contradiction entre cette solution et celle que j'ai donnée plus haut, dans l'hypothèse où le droit se trouve possédé par l'auteur ou par l'inventeur, parce que le caractère personnel de ce droit,

(1) Voy. *inf.*, liv. IV.

qui était alors la raison de décider, disparaît quand il s'agit d'un droit cédé par l'auteur ; le cessionnaire puise alors son droit dans la cession, qui est un titre ordinaire, et qui n'a rien de personnel, tandis que l'auteur ou l'inventeur puise le sien dans la création de sa pensée et l'invention de son esprit.

1281. Parmi les objets qui tombent dans la communauté, il faut comprendre les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, quand ils doivent être réputés meubles, suivant ce qui sera expliqué plus tard (1).

1282. On doit aussi y comprendre les navires (2).

1283. Aux termes de l'article 1401, n° 2 du Code civil, l'actif de la communauté se compose encore de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit (3). Ainsi, les revenus des fabriques, des usines tombent dans la communauté, lors même que ces fabriques et ces usines n'en font pas partie, comme ceux des immeubles ordinaires.

1284. La communauté est donc en quelque sorte usufruitière des biens propres aux époux ; d'où il suit qu'elle n'a droit aux produits des mines ou carrières qui se trouvent dans un fonds que dans le cas où un usufruitier ordinaire y aurait droit, c'est-à-dire si elles étaient exploitées avant le mariage. Si les mines ou carrières n'ont été ouvertes que pendant le mariage, le produit n'en tombe dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à l'époux propriétaire du fonds (4).

1285. Du reste, la disposition du n° 2 de l'article 1401 doit être restreinte aux fruits ou revenus des biens, et ne peut s'appliquer aux choses mobilières distraites d'un immeuble propre

(1) C. civ., art. 529. Voy. *inf.*, liv. IV.
(2) Voy. *ibid.*
(3) Sur les diverses espèces de fruits. Voy. *inf.*, liv. IV.
(4) C. civ., art. 1403. Voy. *inf.*, liv. IV.

à l'un des époux, et qui en diminuent la valeur, parce que la communauté ne peut s'enrichir au préjudice de l'un ou de l'autre des époux (1). Ainsi, les machines, instruments d'exploitation ou outils distraits d'une fabrique ou d'une usine propre à l'un des époux, ne font pas partie de la communauté. Si ces objets sont vendus, et que le prix en ait été versé dans la communauté, il en est dû récompense.

1286. Enfin, aux termes du n° 3 du même article 1401, l'actif de la communauté se compose encore de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage, c'est-à-dire de tous les immeubles dont la propriété ou la possession est échue aux époux pendant le mariage, à tout autre titre qu'à titre de donation ou de succession (2).

Il suit de là que la propriété immobilière des fabriques et usines qui, à moins de conventions contraires, reste propre à celui des époux qui les possède avant la célébration du mariage, tombe dans la communauté si ces immeubles ont été acquis pendant le mariage par les époux en commun ou par l'un deux.

Il en est de même des actions qui doivent être réputées immobilières, dans des compagnies de commerce ou de finance, suivant les distinctions que nous indiquerons plus tard (3).

De même aussi des mines; quant aux actions sur les mines qui sont meubles, ainsi que nous le verrons également (4), elles entrent de toute façon dans la communauté, soit comme meubles, soit comme acquêts.

1287. Tels sont les éléments dont se compose l'actif de la communauté. Voyons maintenant de quoi se compose le passif.

Aux termes de l'article 1409 du Code civil, la communauté se compose passivement, en outre de ce qui constitue les charges du mariage, d'abord, de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration

(1) C. civ., art. 1437.
(2) C. civ., 1402.
(3) Voy. *inf.*, liv. IV.
(4) Voy. *ibid.*

du mariage, et ensuite, des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté ou par la femme du consentement du mari. Parmi les dettes antérieures à la célébration du mariage, il faut nécessairement comprendre celles que l'un ou l'autre des époux aurait contractées dans le commerce par lui fait avant le mariage, sans distinction entre le cas où il s'agit des dettes du mari ou de celles de la femme, parce qu'avant le mariage la femme était aussi libre que le mari sous la puissance duquel elle n'était pas encore. Au contraire, les dettes, même commerciales, de la femme, postérieures à la célébration du mariage, ne sont à la charge de la communauté qu'autant que la femme a été autorisée par son mari, soit spécialement pour les contracter, soit généralement à faire le commerce, suivant les règles que nous avons déjà développées plus haut (1). Et comme la femme qui, pendant le mariage, ne peut obliger la communauté sans y être autorisée, pourrait, en antidatant frauduleusement ses obligations, faire remonter à une époque antérieure à la célébration du mariage des dettes qui, en réalité, sont postérieures, l'article 1410 du Code civil dispose que la communauté n'est tenue des dettes contractées par la femme avant le mariage qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs des signataires de l'acte, soit par la constatation de sa substance dans un acte public (2). Mais cette disposition est-elle applicable aux dettes que la femme a contractées dans son commerce antérieurement au mariage, et dont la date certaine serait déterminée seulement par des moyens particuliers aux matières commerciales? C'est ce que j'examinerai plus tard en traitant des contrats et obligations en général (3).

(1) Voy. *sup.*, n. 1129.
(2) C. civ., 1328; Toullier, t. XII, n. 202; Duranton, t. XIV, n. 229, note 1; MM. Rodière et Pont, t. I, n. 529; M. Troplong, n. 772. — Voy. Zachariæ, t. IV, § 641, note 6.
(3) V. *inf.*, liv. V, tit. Ier, ch. VI, sect. I, § 2.

1288. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que les dettes de la communauté peuvent aussi être des dettes personnelles aux époux; c'est-à-dire, qu'en certains cas, elles peuvent être poursuivies, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur les biens personnels aux conjoints. C'est ainsi que toutes les dettes de la communauté sont en même temps personnelles au mari, quelle que soit leur origine, et alors même qu'il s'agit des dettes de la femme grevant la communauté (1); et que les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari, ou pour le fait du commerce qu'elle excerce publiquement, sont à la fois dettes personnelles à la femme et dettes de la communauté (2).

1289. La communauté ainsi composée, activement et passivement, est administrée par le mari qui, seul et sans le concours de la femme, peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens qui en dépendent, alors même qu'ils auraient été apportés par elle (3); mais qui ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers, à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (4). Quant aux biens personnels de la femme, il n'en a que l'administration, et il ne peut les aliéner sans son consentement (5).

1290. Il suit de là qu'en règle générale le mari peut exercer seul les actions concernant les biens communs; que ces actions sont valablement intentées contre le mari seul; qu'il peut seul acquiescer aux demandes relatives à ces biens ou transiger sur les procès qui sont la suite de ces demandes; et que, quant aux biens personnels de la femme, il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appar-

(1) C. civ., 1419.
(2) C. civ., 1426. Voy. *sup.*, n. 1130.
(3) C. civ., 1421.
(4) C. civ., 1422.
(5) C. civ., 1428.

tiennent à la femme. La loi le déclare même responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires (1).

1291. Ces différentes règles sont-elles applicables au commerce séparé que fait la femme marchande publique, aux objets de ce commerce et aux actions qui y sont relatives, de telle sorte que le mari puisse avoir l'administration du fonds de commerce, en disposer, l'aliéner, et exercer seul en demandant ou en défendant les actions de la femme?

L'affirmative semble résulter au premier abord des principes généraux et des dispositions qui viennent d'être analysées. Le fonds de commerce est meuble; les marchandises sont meubles; les actions qui y sont relatives sont mobilières; le fonds, les marchandises, les actions tombent dans la communauté : il semble donc que la conclusion la plus naturelle est que le mari peut administrer l'un et exercer les autres.

Mais, en y regardant de plus près, on est conduit à un tout autre résultat.

Le fonds de commerce de le femme marchande publique, les actions qui y sont relatives font partie de la communauté, cela est vrai. Néanmoins, la nature des choses et la force de certains principes particuliers soustraient ces biens à l'application des principes généraux et les placent dans une catégorie toute particulière.

De quoi s'agit-il? du commerce de la femme marchande publique. Or, nous l'avons déjà vu (2), et c'est la disposition textuelle de l'article 220 du Code civil, et de l'article 5 du Code de commerce, la femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce *séparé*. C'est donc la *séparation* entre le commerce de la femme et les affaires du mari qui lui donne le caractère de femme marchande publique, et cette séparation ne peut évidemment exister qu'autant que le mari ne s'ingère pas

(1) C. civ., 1419.
(2) Voy. *sup.*, n. 1133.

dans l'administration de ce commerce et dans l'exercice des actions qui s'y rattachent. Si le mari administrait le fonds de commerce, il deviendrait commerçant lui-même, et la femme ne serait plus marchande publique, parce qu'elle ne ferait alors que détailler les marchandises du commerce de son mari ; et comme il ne peut exercer les actions qu'en qualité d'administrateur, il faut nécessairement reconnaître que, dès qu'il ne peut administrer, il ne peut agir seul activement ou passivement dans l'intérêt de sa femme. Peu importe que le fonds de commerce fasse partie de la communauté; il n'en fait partie que sous cette condition de séparation sans laquelle ce ne serait plus le fonds de commerce de la femme, mais le fonds de commerce du mari. De ce que les profits tombent dans la communauté qui est tenue des dettes, il faut sans doute conclure que le mari a un droit de surveillance ; mais la surveillance n'est pas l'administration. La surveillance du mari s'exerce par ses conseils, quand il y a lieu, et par le retrait de la faculté de faire le commerce, si ses conseils ne sont pas écoutés (1) ; enfin par l'assistance qu'il prête à sa femme lorsqu'elle este en jugement (2). Tous les intérêts sont donc protégés; ceux de la femme, comme ceux du mari et de la communauté, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des moyens qui seraient incompatibles avec la position particulière que la loi fait à la femme marchande publique (3).

Réciproquement de ce que le mari ne peut administrer le fonds de commerce de la femme ni agir seul dans son intérêt ou pour sa défense, il faut conclure qu'il ne saurait être responsable des pertes que la femme aurait souffertes par défaut d'actes conservatoires, à la différence du cas où il s'agit du dépérissement de ceux des biens personnels de la femme dont le mari a l'administration (4).

Du reste, lorsque la femme a cessé son commerce et qu'il ne reste plus qu'à liquider les opérations antérieures et à en

(1) M. Pont, *Contr. de ma* t. II, n. 601.
(2) Voy. *sup.*, n. 1115.
(3) Voy. *sup.*, n. 1123.
(4) C. civ., 1128.

suivre la conclusion, les causes particulières qui empêchaient l'administration du mari n'existant plus, les règles générales reprennent leur empire, et quant à l'administration et quant à l'exercice des actions, et conséquemment quant à la responsabilité.

1292. Les droits des époux sur la communauté se réalisent lors de la liquidation qui en est faite après sa dissolution.

La communauté se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux (1), et par la séparation des biens, soit qu'elle résulte d'une séparation de corps, soit qu'elle ait été prononcée sur une demande directe (2).

Il est à remarquer, en ce qui touche la séparation de biens, que si, pendant l'instance, le mari conserve l'administration de la communauté, il cesse d'en avoir la disposition et qu'il ne peut aliéner les biens qui la composent sans le concours de sa femme; cela résulte de ce que le jugement de séparation de biens a un effet rétroactif au jour de la demande (3). C'est ce qui a été jugé par la cour de Rennes, le 3 juillet 1841, relativement à la vente d'un fonds de commerce (4).

1293. Pour parvenir à la liquidation qui est la suite de la dissolution, et au partage, on compose l'actif et le passif de la communauté d'après les règles ci-dessus posées ; et pour déterminer la consistance définitive de l'actif, on y réunit ce que les conjoints peuvent devoir à la communauté, et on en retranche ce que chacun d'eux a le droit de reprendre ou de prélever, d'après les règles qui suivent.

Les créances de la communauté contre les conjoints consistent soit dans les choses que les conjoints devaient apporter et qu'ils n'ont pas réalisées, soit dans les profits que l'un d'eux a faits aux dépens de la communauté et dont il doit récompense ou indemnité; soit dans le montant des dettes personnelles à l'un des époux qui ont été acquittées par la communauté.

(1) Voy. *sup.*, n. 1102 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 1020.
(3) M. Massol, *De la séparation de corps*, p. 171 ; M. Troplong, n. 1381.
(4) S., 41, 2, 548.

Les droits des époux contre la communauté consistent dans les reprises que chacun d'eux peut exercer par forme de prélèvement et avant tout partage des immeubles, et des objets ou des valeurs mobilières qui leur sont propres, ainsi que des indemnités ou récompenses qui leur sont dues à divers titres (1). Il est à remarquer sur ce point que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (2), et qu'ils peuvent s'exercer en cas d'insuffisance des biens de la communauté sur les biens personnels du mari; tandis que le mari ne peut exercer de reprises que sur les biens de la communauté (3). De plus, la femme a, tant sur les biens de la communauté que sur les biens de son mari, une hypothèque légale pour le montant de ses reprises matrimoniales, qui lui donne le droit de primer tous les créanciers, même ceux ayant une hypothèque ordinaire antérieure en date à l'inscription de l'hypothèse légale (4).

1294. En traitant plus tard des priviléges et hypothèques (5),

(1) Voy. *sup.*, n. 1276, 1284.

(2) C. civ., 1471.

(3) C. civ., 1472. On sait que la question de savoir si la femme exerce ses prélèvements à titre de propriétaire ou à titre de créancière, a été très-controversée il y a quelques années, et que la cour de Cassation, après avoir jugé que la femme les exerçait à titre de propriétaire, a fini par revenir sur sa jurisprudence et a décidé par un arrêt solennel du 16 janv. 1858, S., 58, 1, 9, qu'elle ne les exerçait qu'à titre de créancière. V. Zachariæ, t. IV, § 644, note 27. — Il est du reste à remarquer que la Cour de cassation et certaines cours d'appel, alors même qu'elles se prononçaient en faveur du droit de propriété de la femme, lui refusaient cependant, en matière de faillite, le droit de préférence qui était la conséquence de son droit de propriété en vertu duquel elle exerçait ses reprises : ce qui était une inconséquence manifeste, car si la loi commerciale se montre plus rigoureuse que la loi civile pour la preuve du droit de la femme à exercer telles ou telles reprises, ainsi que nous le verrons bientôt, elle ne modifie pas la nature de ce droit, quand la preuve en est faite. V. Cass., 24 janv. 1854, S., 54, 1, 106 ; Rennes, 17 juin 1853, S., 53, 2, 529 ; Paris, 8 avril et 23 déc. 1854, S., 54, 2, 211 et 757 ; Colmar, 13 juill. 1854, S., 54, 2, 499 ; Metz, 12 juin 1855, S., 55, 2, 464. — Du reste la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle la femme n'exerce ses reprises qu'en qualité de créancière, nous paraît incontestablement la meilleure; et l'exception faite pour le cas de faillite par la jurisprudence antérieure est devenue sans objet.

(4) C. civ., 2121.

(5) Liv. VI, tit. VII, chap. II.

nous examinerons les conditions et les effets de l'hypothèque légale. Nous verrons bientôt, en traitant des droits des conjoints en cas de faillite, les résultats de la faillite du mari sur sur l'hypothèse légale de la femme (1).

1295. Du reste, faisons remarquer, dès à présent, que la femme d'un associé n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de la société. Elle ne peut exercer ses droits que sur la part qui, après la dissolution et la liquidation de la société, a été attribuée à son mari. C'est un point sur lequel nous reviendrons plus tard (2).

1296. La femme commence par prendre ceux de ses biens qui existent en nature. Quant aux biens qui n'existent pas en nature et aux autres reprises, les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté (3). Mais rien n'empêche que cet ordre soit interverti du consentement commun des époux ou de leurs représentants. Rien n'empêche par exemple, en cas de séparation de biens, que le mari abandonne à la femme, qui l'accepte, soit un ou plusieurs immeubles pour ses reprises, soit encore des valeurs mobilières telles qu'un fonds de commerce. Dans ce cas, la femme devient propriétaire, à moins de conventions contraires, et de l'achalandage et des marchandises.

1297. Les prélèvements opérés, l'actif est partagé par moitié entre les époux, à moins de conventions contraires sur la quotité de leurs parts réciproques. S'ils ne s'entendent pas pour le partage, ou si les biens de la communauté sont impartageables, il y a lieu de les liciter, c'est-à-dire de les vendre aux enchères. Le prix en est alors partagé entre les époux, qui peuvent se rendre l'un ou l'autre adjudicataires des biens mis en vente, sauf à faire entrer le prix d'acquisition en ligne de compte de ce qui leur est dû, s'il est inférieur à la part qui doit leur revenir, ou à payer une soulte s'il y a de l'excédant.

(1) Voy. la section suivante.
(2) Voy. liv. VI, tit. VII, chap. II.
(3) C. civ., 1471.

1298. Le fonds de commerce et les marchandises qui en dépendent peuvent alors être vendus comme tous les autres biens, soit qu'ils entrent dans la communauté du chef du mari, soit qu'ils y entrent du chef de sa femme marchande publique. Dans ce cas encore et à moins de conventions contraires résultant soit d'une réserve expresse, soit d'un inventaire détaillant les marchandises vendues, la vente du fonds de commerce comprend toutes les marchandises qui deviennent la propriété de l'époux acquéreur, et sur lesquelles l'autre époux ou ses représentants n'ont plus aucun droit à exercer (1).

1299. S'il restait encore à payer des dettes communes échues avant ou depuis la dissolution de la communauté, chacun des époux ou leur représentant en serait tenu pour moitié et se trouverait conséquemment exposé aux poursuites que pourraient diriger contre lui les créanciers non payés. Il n'y a nulle difficulté sur le principe; mais il peut y en avoir sur l'application, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer si une dette contractée par le mari ou par la femme dans leur commerce respectif est antérieure ou postérieure à la dissolution de la communauté. En général c'est à la cause immédiate de la dette qu'il faut s'attacher pour en reconnaître la date. Si la cause immédiate de la dette est antérieure à la dissolution, il importe peu que l'échéance soit postérieure ou même que le titre ait une date postérieure : la dette a été en réalité contractée pendant la communauté, ce qui suffit pour qu'après la dissolution de la communauté, elle doive être payée par les époux entre lesquels la communauté a été partagée.

Mais il y a certains cas dans lesquels il est moins facile de résoudre la question.

1300. Supposons que l'un des époux soit en compte courant avec un tiers. Ici plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Le compte courant, comme je l'expliquerai plus tard, est une sorte de contrat de prêt, d'avances ou de crédit réciproques (2)

(1) Toullier, t. XIII, n. 115.

(2) Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission*, t. II, n. 495, le contrat de compte courant ne serait pas un con-

que deux correspondants conviennent de se faire, au moyen de remises successives en effets ou en marchandises, avec stipulation qu'à une époque fixée, les remises faites de part et d'autre seront additionnées, les totaux comparés l'un à l'autre, et que la différence constituera une créance définitive au profit de celui qui a fait les remises les plus fortes, contre celui qui a fait les remises les plus faibles.

Si le compte courant est arrêté aussitôt après la dissolution de la communauté et ne comprend que des remises faites ou reçues avant cette dissolution, sa balance constitue une dette ou une créance de la communauté, selon qu'elle lui est favorable ou défavorable. Ici pas de doute possible. Si au contraire le compte courant se continue après la dissolution de la communanté, il est bien évident que les remises postérieures à cette dissolution ne peuvent profiter ou nuire qu'à l'époux qui les a faites ou reçues, et jamais à son conjoint ou à ses représentants auxquels elles sont étrangères. Mais que doit-on décider relativement aux remises antérieures ?

De deux choses l'une : ou le compte courant, au lieu d'être définitivement arrêté après la dissolution de la communauté, se continue après l'arrêté de compte qui se borne à en établir la balance, de telle sorte que la différence, au lieu d'être soldée, devient le premier article d'un compte nouveau; ou le compte courant n'est même pas balancé et se continue sur les premiers errements.

Je n'hésite pas à penser que, dans le premier cas, c'est-à-dire quand le résultat de la balance qui constitue un des époux débiteur est reporté à un compte nouveau, qui continue avec cet époux, l'autre époux ou ses représentants ne peuvent être tenus envers les créanciers, en fin de compte arrêté plus tard définitivement, du payement de la différence existant au moment de la dissolution de la communauté, parce qu'alors il s'est opéré une novation qui a libéré la communauté. En effet, chaque remise constituant un prêt, il faut en conclure

trat de prêt. Mais je crois que le dissentiment qui nous sépare est plutôt dans les mots que dans les choses. Je reviendrai là-dessus quand j'aurai à expliquer la nature et les effets généraux du compte courant.

que lorsqu'après règlement de compte la balance ou le reliquat est reporté à un compte nouveau qui continue le premier, et dont cette balance devient le premier article, ce reliquat devient lui-même une remise, c'est-à-dire un prêt. Le créancier, qui aurait pu exiger le payement de cette balance, la laisse alors entre les mains du débiteur à titre de nouveau prêt; et de là résulte la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, qui se trouve éteinte conformément au n° 1er de l'article 1271 du Code civil, aux termes duquel l'extinction d'une dette par la novation s'opère, lorsque le débiteur contracte avec son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne. « Par exemple, dit M. Toullier (1), je vous dois 10,000 fr. sur l'hypothèque du fonds Cornélien, et sous le cautionnement de Paul, payables dans un an, en vertu d'actes du 1er janvier. Nous convenons, le 1er février, que je vous payerai dans six mois, et qu'en conséquence l'acte du 1er janvier demeure éteint et comme non avenu... » Il y a là novation, la première dette est éteinte, et avec elle le cautionnement et l'hypothèque. C'est précisément là ce qui arrive lorsque la balance d'un compte, constitutive d'une dette exigible, est reportée à un compte nouveau pour devenir un prêt; la première dette est éteinte, et si elle était due par deux personnes, le créancier, qui consent à la novation en reportant la créance à un compte nouveau par lequel il ne doit plus avoir qu'un débiteur, perd par là tout recours contre celui qui était codébiteur de la dette éteinte. Aussi a-t-il été jugé, par application de ces principes généraux, que celui qui, porteur d'une obligation souscrite par deux époux, accepte en payement, pour la totalité, et du mari seul, un immeuble propre à ce dernier, est réputé consentir novation de la dette, tellement que si plus tard il vient à être évincé de l'immeuble, il n'a plus aucune action contre la femme ou contre ses héritiers (2). Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 5 janvier 1835 (3), a refusé d'admettre une novation en matière de compte cou-

(1) Tome VII, n. 271.
(2) Bourges, 21 décembre 1825, S., 8, 2, 181.
(3) S., 35, 1, 83.

rant. Mais cet arrêt ne me paraît pas pouvoir exercer une autorité contraire à l'opinion que j'émets ici, d'abord parce qu'il ne juge pas la question *in terminis*, et décide seulement que, dans l'espèce soumise à la Cour, les faits constatés ne constituaient pas une novation; ensuite, parce que la novation alléguée n'était pas celle qui résulte de la substitution d'une dette à une autre (et c'est, suivant moi, celle qui s'opère dans un compte courant), mais bien celle qui a lieu au moyen de la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, ce qui est tout différent.

Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire si le compte s'est continué sans règlement ni balance depuis la dissolution de la communauté, le conjoint ou les héritiers de l'époux que ce compte courant constitue débiteur, sont tenus de contribuer pour leur part et portion à l'acquittement de la dette commune, telle qu'elle existait au moment de la dissolution de la communauté.

La Cour de cassation a jugé cependant que le créancier par compte courant d'un mari commun en biens avec sa femme, qui, après la dissolution de la communauté, et avant la liquidation et le partage, a continué d'être en compte courant avec le mari, n'a aucun recours à exercer contre la femme ou ses représentants, après que son compte a été arrêté, pour leur part contributive dans le montant de la dette commune, au moment de la dissolution de la communauté, si les remises qu'il a reçues du mari, depuis cette dissolution, sont égales ou supérieures à la part due par la femme, encore bien que de son côté il ait fait des remises qui ont maintenu l'intégralité de la dette; et que, dans ce cas, les remises faites par le mari doivent être considérées comme des payements, et par suite être imputées de préférence sur la dette existant au moment de la dissolution de la communauté, comme étant la plus ancienne et la plus onéreuse, plutôt que sur la dette plus nouvelle qu'il a contractée au moyen des remises qu'il a reçues de son créancier depuis la dissolution de la communauté (1).

(1) Cass., 3 avril 1 39 (S., 39, 1, 257).

La réfutation de ces diverses propositions sera la justification de l'opinion contraire que j'ai commencé par énoncer.

Cet arrêt considère les remises faites en compte courant par le mari comme des payements, et il les impute sur la dette qui existait au moment de la dissolution de la communauté, à raison des remises qui lui avaient été faites jusqu'alors, au lieu de leur maintenir le caractère de remises, c'est-à-dire de prêts nouveaux dont le remboursement par compensation ne peut avoir lieu que lors du règlement ou de l'arrêté du compte. Or ce système se trouve en opposition avec la nature même du contrat de compte courant, parce qu'il ne peut y avoir d'imputation à faire que là où il y a payement, et que les remises faites en compte courant ne sont jamais et ne peuvent jamais être considérées au moment où elles sont faites comme des payements. Il est évident, en effet, que si, en faisant une remise à mon correspondant, je lui *prête*, je ne lui *paie* pas ce qu'il m'a déjà prêté; et, si je ne le paie pas, où trouver matière à imputation d'une remise que je lui fais, sur telle remise qu'il m'a faite plutôt que sur telle autre? Mais il y a plus : c'est que les remises étant faites en vue d'un règlement définitif lors duquel seulement le payement doit s'opérer réciproquement par compensation, cette compensation future constitue une imputation conventionnelle qui exclut toute imputation légale. On sait, en effet, que les comptes courants sont toujours arrêtés ou balancés à certaines époques périodiques déterminées par la convention ou par l'usage. C'est lors de ce règlement que la compensation s'opère, elle ne pourrait s'opérer avant, entre telles ou telles remises, plutôt qu'entre telles ou telles autres, sans qu'il y eût contravention aux obligations des parties qui, en entrant en compte courant, c'est-à-dire en se faisant des prêts reciproques à des conditions égales d'exigibilité, sont tacitement convenues que lors de la balance, et non avant, les prêts se compenseraient l'un sur l'autre et s'imputeraient l'un sur l'autre.

En voilà assez, je pense, pour démontrer qu'en matière de compte courant, si les remises réciproquement faites pendant une certaine période sont compensables, on ne peut compen-

ser en enjambant, si je puis parler ainsi, d'une période sur l'autre. Lors donc qu'une communauté vient à se dissoudre, et que le compte courant commencé avant sa dissolution se continue depuis sans arrêté de compte, il faut, lors de l'arrêté de compte ultérieur, arrêter les opérations faites pendant la communauté, à l'époque où elle a été dissoute, pour en faire un compte à part dont le reliquat reste à la charge de la communauté. Mais on ne peut jamais, sans violer les principes fondamentaux de la matière, voir dans les remises postérieures à la dissolution de la communauté des payements ayant pour objet d'éteindre la dette qui résultera plus tard d'un règlement de compte qui n'est pas encore fait, dette qui n'est encore ni certaine, ni liquide, ni exigible, et qui échappe par conséquent à toutes les conditions de la compensation.

1301. Il faut encore remarquer, en ce qui touche le payement des dettes après la dissolution de la communauté, qu'il ne peut être poursuivi contre la femme que jusqu'à concurrence de son émolument, quand elle n'est obligée qu'en qualité de commune; elle ne peut être poursuivie sur ses biens personnels que lorsqu'elle s'est obligée personnellement. Mais, dans aucun cas, à moins qu'elle ne fût marchande publique, elle ne pouvait être poursuivie par corps, lors même qu'elle s'était obligée par lettre de change, conjointement avec son mari commerçant (1). Savary (2) admettait la contrainte par corps dans le cas où la femme continuait le commerce de son mari, ou même acceptait simplement la communauté (3). Il se fondait sur ce qu'il n'était pas juste que la femme exerçât les actions actives de la communauté, sans être sujette aux actions passives, c'est-à-dire qu'elle pût avoir la contrainte par corps contre un marchand qui devrait à la communauté pour fait de marchandises, sans être sujette à la même loi pour les dettes contractées par son mari dans l'intérêt de la communauté, également pour fait de marchandises. Mais cette solution n'était vraie que pour le cas où la femme continuait le

(1) Toubeau, p. 363. V. *sup.*, n. 1137.

(2) T. II, p. 67 et 68.

(3) Voy *inf.*, n. 1302.

commerce de son mari. En la généralisant, Savary s'est laissé tromper par une apparence d'équité contraire aux règles du droit. La femme qui se borne à accepter la communauté, sans continuer en son nom le commerce du mari, n'est pas tenue comme marchande publique, mais comme obligée ordinaire; elle ne pouvait donc être contraignable par corps, à raison des dettes commerciales de la communauté, puisqu'elle n'avait pas fait acte de commerce. Au contraire, lorsque la femme continue en son nom le commerce du mari, la qualité de commerçante dont elle est investie la soumettait à la contrainte par corps pour toutes celles des obligations de la communauté qui se rattachaient à son commerce, puisque ces obligations sont commerciales, et que la femme en était tenue à raison de la qualité qu'elle s'était attribuée.

1302. Les règles qui précèdent sur la liquidation et le partage de la communauté, peuvent être modifiées par la renonciation de la femme. Tandis que le mari est obligé de subir les conséquences des actes qu'il a faits comme administrateur, ou qu'il a laissé faire quand il pouvait les empêcher, la femme a l'option d'accepter la communauté, c'est-à-dire d'en suivre le sort, en conservant sa part dans les charges pour avoir sa part dans les bénéfices; ou d'y renoncer, c'est-à-dire d'abandonner tous les droits qui en dépendent pour se dégager de l'obligation de contribuer aux dettes, et se réserver seulement la faculté d'exercer ses reprises et de rentrer dans tout les biens mobiliers ou immobiliers qui lui sont restés propres (1).

1303. Du reste, la femme, en renonçant à la communauté, ne s'affranchit pas de l'obligation de payer les dettes qui lui sont personnelles, alors même qu'elles sont en même temps dettes de la communauté. C'est ainsi que la femme qui, dans le commerce qu'elle a fait seule et sans la participation de son mari, a contracté des dettes, lesquelles sont tombées dans la communauté (2), n'en reste pas moins engagée envers les créanciers, malgré sa renonciation à la communauté. Il en

(1) C. civ., 1492 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 1287.

serait de même des dettes que la femme aurait contractées, conjointement avec son mari, dans le commerce de celui-ci ; par exemple, en souscrivant avec lui des effets de commerce, ou en acceptant les traites qu'il aurait faites sur elle (1), parce qu'alors la dette du mari devient la dette personnelle de la femme. Mais, dans l'un et l'autre cas, elle aurait un recours en indemnité contre le mari pour ce qu'elle aurait été obligée de payer, à raison de dettes contractées dans l'intérêt de la communauté, puisque les produits du commerce de la femme, comme ceux du commerce du mari, sont entrés dans la communauté à laquelle la femme a renoncé (2).

1304. L'acceptation de la communauté peut être expresse ou tacite, tandis que la renonciation doit toujours être expresse. Il suit de là que lorsque la femme fait, après la dissolution de la communauté, un acte qui suppose la qualité de copropriétaire du fonds commun, elle est réputée accepter, et n'est plus dès lors recevable à renoncer. Cependant les actes conservatoires et de simple administration peuvent être faite par la femme, sans qu'elle compromette en cela son droit de renonciation. C'est ainsi que la femme qui, pour empêcher le dépérissement d'un fonds de commerce dépendant de la communauté, en continue l'exploitation, reste encore maîtresse de renoncer à la communauté (3).

La veuve qui a diverti ou recelé des effets de la communauté, est réputée commune, malgré sa renonciation (4).

La femme qui veut renoncer à la communauté doit, dans les trois mois de la dissolution, faire faire inventaire : elle a, outre ces trois mois, quarante jours pour délibérer et faire sa renonciation. Si, ayant fait inventaire, elle ne renonce pas dans le délai intégral de trois mois et quarante jours, elle n'est pas déchue de la faculté de renoncer ; seulement elle peut être poursuivie comme commune tant qu'elle n'a pas renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa re-

(1) Voy. *sup*, n. 1139. *Contrà*, Savary, t. II, p. 177.

(2) Voy. *sup.*, n. 1272.

(3) C. civ., 1453 et suiv. Voy. au surplus au chapitre suivant ce qui y est dit relativement à la renonciation de l'héritier.

(4) C. civ., 1460.

nonciation. Si elle n'a pas fait inventaire dans les trois mois, elle est réputée avoir accepté, et ne peut plus renoncer (1).

1305. Telles sont les règles relatives à la communauté légale, règles qui peuvent être modifiées par toutes les stipulations auxquelles il convient aux époux de se soumettre, pourvu, comme nous l'avons déjà dit, qu'elles ne soient contraires ni aux lois, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs.

Mais, tout en abandonnant à la discrétion des parties et en quelque sorte au caprice des conventions particulières les modifications dont le régime de la communauté est susceptible, le Code civil a déterminé lui-même la portée légale de quelques-unes des modifications qui ont pour objet de restreindre ou d'étendre la communauté.— Nous allons examiner en peu de mots les règles relatives à ces modifications dans les rapports qu'elles peuvent avoir avec les droits des commerçants.

1306. La communauté peut être réduite aux acquêts, c'est-à-dire que les époux peuvent ne mettre en communauté que les acquêts par eux faits ensemble ou séparément pendant le mariage et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux, et exclure de cette communauté tant les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, que leur mobilier respectif présent et futur (2).

Il suit de là que, sous ce régime, le fonds de commerce apporté par la femme reste propre à celle-ci sans pouvoir servir de gage aux créanciers personnels du mari (3).

Du reste, les acquêts mobiliers, comme les acquêts immobiliers, entrent dans cette communauté : la loi n'en exclut le

(1) C. civ., 1456.

(2) C. civ., 1498.

(3) Paris, 23 février 1835, S., 35, 2, 68 ; D., 35, 2, 34. — Il a été jugé par la cour de Paris le 28 juin 1865 (S., 65, 2, 241) que la femme qui a acheté un fonds de commerce, conjointement, mais sans solidarité avec son mari, et qui, au décès de ce dernier, usant de la faculté que lui assurait son contrat de mariage, a déclaré conserver le fonds acquis, n'est pas pour cela devenue débitrice envers le vendeur de la totalité du prix ; elle reste obligée dans les termes de son engagement primitif, c'est-à-dire pour moitié seulement.

mobilier futur qu'autant qu'il échoit en propre à l'un des époux, par toute autre voie que par une acquisition proprement dite, par exemple le mobilier qui provient de donation ou de succession. Le fonds de commerce acquis par l'un des époux ou par tous les deux fait donc partie de la communauté; il en est ainsi des actions mobilières dans des compagnies de finance ou de commerce.

Il faut même remarquer que tout mobilier possédé par les époux pendant le mariage est réputé acquêt, si son existence, lors du mariage, n'a pas été constatée par un inventaire ou état en bonne forme (1). Néammoins si un fonds de commerce était apporté par l'un des deux époux, il lui resterait propre ainsi que les marchandises qui le composeraient, bien que ces marchandises n'aient pas été détaillées dans un inventaire, et qu'il n'en eût pas été fait état, si d'ailleurs le fonds de commerce n'avait changé ni de nature ni d'objet, et que l'apport en eût été constaté par le contrat de mariage (2). Dans ce cas, en effet, les objets garnissant le fonds de commerce ne peuvent pas se confondre avec le surplus du mobilier des époux; et comme on ne peut pas concevoir un fonds de commerce sans les marchandises qui en sont à la fois l'accessoire et le principal, il en résulte que la constatation de l'apport du fonds de commerce, dans le contrat de mariage, suffit pour qu'il y ait *état* du meuble apporté.

1307. Au lieu d'exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur, les époux peuvent n'en exclure que certains objets ou une quote-part déterminée, soit en déclarant expressément exclure de la communauté ou se réserver propre tout ou partie de leur mobilier, soit en s'engageant à apporter dans la communauté des meubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme (3). C'est ce qu'on appelle clause de réalisation ou clause d'apport.

Dans le cas de la communauté réduite aux acquêts, comme

(1) C. civ., 1499.

(2) Paris, 23 février 1835, *loc. cit.* V. aussi Paris, 30 juin 1855, S., 56, 2, 415, et M. Pont, *Contr. de mar.*, t. II, n. 1271.

(3) C. civ., 1500 et suiv.

dans le cas où il y a clause de réalisation ou d'apport, les époux sont respectivement tenus des dettes relatives aux meubles qui leur sont propres ; en d'autres termes, il y a séparation des dettes relatives à cette sorte de biens (1).

1308. Au lieu d'exclure de la communauté les meubles qui, sans une exclusion stipulée, y tomberaient naturellement, les époux peuvent y faire entrer les immeubles qui en sont naturellement exclus : c'est ce qu'on appelle la clause d'ameublissement (2).

1309. Enfin les époux sont autorisés à établir une communauté universelle de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir (3). Sous l'empire d'une telle clause, disparaissent toutes les difficultés qui naissent de la combinaison des droits des époux relativement aux biens propres et aux biens communs. Ici, il n'y a plus que des droits communs et des dettes communes. Tout entre dans la communauté, de telle sorte qu'à moins de stipulation contraire, la femme qui renonce à la commnnauté perd toute espèce de droit, même sur les immeubles qui y sont entrés de son chef (4).

1310. Les stipulations matrimoniales, au lieu de porter sur la quotité ou la nature des apports, peuvent porter sur les dettes des époux pour en exclure d'une manière plus ou moins complète celles qui entrent de plein droit dans la communauté.

Ainsi les époux peuvent stipuler que leur communauté ne sera point grevée des dettes que chacun d'eux avait avant le mariage, et s'obliger en conséquence à se faire respectivement raison, lors de la dissolution de la communauté, de celles de ces dettes qui auraient été acquittées à leur décharge par le fond commun (5). C'est ce qu'on appelle la clause de séparation de dettes. Du reste, cette clause n'affranchit point la communauté des dettes contractées durant le

(1) Toullier, t. XIII, n. 325; Duranton, t. XV, n. 50; Marcadé sur les art. 1500 et 1501. — V. aussi M. Troplong, n. 1939 et suiv.

(2) C. civ., 1505.

(3) C. civ., 1526.

(4) MM. Aubry et Rau, d'après Zachariæ, t. IV, § 525.

(5) C. civ., 1510.

mariage qui sont acquittées suivant les règles ordinaires (1).

Par dettes antérieures au mariage on doit entendre toutes celles dont la cause est antérieure au mariage, soit que la condition sous laquelle elles auraient été contractées ne s'accomplisse, soit que le terme ne vienne à échoir qu'après le mariage. Les auteurs citent comme exemple l'amende et les réparations civiles auxquels l'un des époux a été condamné pendant le mariage pour un fait antérieur; les dépens d'un procès commencé avant le mariage; le reliquat de compte d'une tutelle dont l'un des époux était chargé avant le mariage et qui s'est continué depuis, pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage (2).

Par la même raison les dettes d'un commerçant pour opération antérieures à son mariage, bien qu'elles n'aient été déterminées que postérieurement par un règlement arrêté entre le débiteur et le créancier, sont exclues de la communauté par la clause de séparation de dettes. Quant aux dettes qui résultent d'un compte courant, il faut leur appliquer les règles que j'ai développées plus haut (3).

Il est à remarquer que dans le cas de séparation de dettes, si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distractions qui seraient réclamées, poursuivre leur payement sur le mobilier non inventorié comme sur les autres biens de la communauté, et qu'ils ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'avait pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique (4).

1311. Une clause qui a beaucoup de rapports avec la clause de séparation de dettes, c'est celle de franc et quitte

(1) Pothier, *De la communauté*, n. 351 ; Duranton, t. XV, n. 90 ; MM. Rodière et Pont, t. II, n. 200 ; M. Troplong, n. 2021.

(2) Pothier, n. 354 et suiv. ; Toullier, t. XIII, n. 351 ; Duranton, t. XV, n. 97 et suiv.

(3) Voy. *sup.*, n. 1300.

(4) Sur les actes qui peuvent être l'équivalent d'un état ou inventaire, voy. *sup.*, n. 1306.

de la femme, et seulement dans le cas où elle renonce à la communauté. Il est une autre clause assez analogue qui a lieu au profit des deux époux et dont la femme ne peut se prévaloir qu'autant qu'elle accepte la communauté : c'est la clause de préciput conventionnelle par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature (1).

1314. Enfin les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit dans la communauté, soit en stipulant que la communauté entière appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux (2). Si l'époux survivant ne reçoit qu'une certaine part dans la communauté, il n'est tenu des dettes que dans la proportion de la part à laquelle il a été réduit [illegible] totalité de la communauté. Il faut distinguer, quant aux dettes, entre le cas où c'est la femme qui [illegible] tion, et le cas où c'est le mari. Dans le premier cas, la femme retenant toute la communauté [illegible] à cette communauté, tenue de toutes les dettes [illegible] mais seulement jusqu'à concurrence de son émolument [illegible] formément à l'article 1483 (4). Dans le second cas [illegible] les héritiers sont tenus d'acquitter toutes les dettes [illegible] les créanciers aient aucune action contre [illegible] présentants (5).

1315. Telles sont les principales [illegible] communauté légale. J'ai dû [illegible] en me bornant à indiquer leurs [illegible] quant aux dettes, parce que [illegible] plus particulièrement [illegible] séparément dans la communauté [illegible]

(1) C. civ., [illegible].
(2) C. civ., [illegible].
(3) C. civ., [illegible].
(4) C. civ., [illegible].
(5) C. civ., [illegible].

dont les effets sont réglés par l'article 1513 du Code civil. Aux termes de cet article, lorsque la communauté est poursuivie pour les dettes de l'un des époux déclaré par le contrat franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité qui se poursuit, soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur ses biens personnels, soit, en cas d'insuffisance, par voie de garantie contre le père, la mère, l'ascendant et le tuteur qui l'auraient déclaré franc et quitte. Il y a cette différence entre la clause de franc et quitte et celle de séparation de dettes, que dans la première il n'y a d'exclues de la communauté que les dettes de l'époux déclaré franc et quitte, tandis que dans la seconde, les dettes de l'un et de l'autre restent à leur charge personnelle (1).

1312. Par une autre clause qui suppose encore une séparation de dettes, la femme peut stipuler dans son contrat de mariage la faculté de reprendre franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté, tout ou partie de ses apports (2). Cette clause met l'apport de la femme à l'abri des dettes du mari, mais le laisse soumis aux dettes personnelles de la femme que la communauté aurait acquittées, de telle sorte que l'apport ne peut être repris que déduction faite de ces dernières dettes. Il suit de là que les dettes que le mari aurait contractées dans son commerce ne grèvent pas l'apport ou la partie de l'apport dont la femme se serait réservé la reprise, tandis que cet apport est grevé par celles que la femme aurait contractées dans un commerce séparé. Mais si, au lieu de stipuler la reprise de ses apports, la femme s'était réservé la faculté de reprendre une certaine somme pour lui tenir lieu de ce qu'elle a apporté, cette stipulation constituerait un véritable forfait, et la somme serait due à la femme sans aucune déduction à raison de ses dettes (3).

1313. La clause de reprise de l'apport n'a lieu qu'au profit

(1) Duranton, t. XV, n. 115; Toullier, t. XIII, n. 361; Marcadé, sur l'art. 1513; M. Troplong, n. 2061.
(2) C. civ., 1514.
(3) Pothier, n. 411; Duranton, t. XV, n. 168; C. civ., 1522.

de la femme, et seulement dans le cas où elle renonce à la communauté. Il est une autre clause assez analogue qui a lieu au profit des deux époux et dont la femme ne peut se prévaloir qu'autant qu'elle accepte la communauté : c'est la clause de préciput conventionnelle par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature (1).

1314. Enfin les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit dans la communauté, soit en stipulant que la communauté entière appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux (2). Si l'époux survivant ne reçoit qu'une certaine part dans la communauté. il n'est tenu des dettes que dans la proportion de la part à laquelle il a été réduit (3). S'il retient la totalité de la communauté, il faut distinguer, quant aux dettes, entre le cas où c'est la femme qui profite de la stipulation, et le cas où c'est le mari. Dans le premier cas, la femme retenant toute la communauté est, à moins de renonciation à cette communauté, tenue de toutes les dettes communes, mais seulement jusqu'à concurrence de son émolument, conformément à l'article 1582 (4). Dans le second cas, le mari ou les héritiers sont tenus d'acquitter toutes les dettes, sans que les créanciers aient aucune action contre la femme ou ses représentants (5).

1315. Telles sont les principales clauses dérogatoires à la communauté légale. J'ai dû les exposer très-sommairement, en me bornant à indiquer leurs résultats généraux, surtout quant aux dettes, parce que c'est par là qu'elles intéressent plus particulièrement les époux, qui, engagés ensemble ou séparément dans le commerce, sont tenus de leurs dettes

(1) C. civ., 1515.
(2) C. civ., 1520.
(3) C. civ., 1521.
(4) C. civ., 1524.
(5) C. civ., *ibid.*; M. Duranton, t XV, n. 211.

personnelles ou communes dans des proportions variables, suivant les clauses qui modifient les règles ordinaires de la communauté.

Je passe maintenant à l'exposition des régimes exclusifs de la communauté. Ils se réduisent à trois : le régime simplement exclusif de communauté, la clause de séparation de biens et de régime dotal.

1316. Lorsque les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de ses biens particuliers, meubles et immeubles, soit antérieurs, soit postérieurs au mariage. Mais l'administration des biens de la femme appartient au mari, qui seul a le droit d'en percevoir les fruits pour soutenir les charges du mariage (1).

Nous avons vu plus haut (2) que le mari a le droit, sous ce régime, de percevoir les produits de l'industrie de la femme marchande publique, non comme fruits, mais comme mobilier échu pendant le mariage. Il suit de là que la valeur de ces produits doit être restituée par le mari comme le surplus du mobilier, à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens judiciairement prononcée (3).

Nous avons également vu la conséquence de ces règles relativement à l'obligation où peut être le mari de payer les dettes de la femme (4). Ajoutons ici que la femme ne peut jamais être tenue des dettes du mari, puisqu'elle n'a aucun droit actuel, ou éventuel sur les biens de celui-ci.

1317. La clause de séparation de biens consacre une séparation absolue entre les biens et les intérêts de la femme et ceux du mari. Chacun d'eux conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus (5), et chacun d'eux contribue aux charges du mariage (6).

(1) C. civ., 1530, 1531.
(2) N. 1131. Voy. aussi *inf.*, liv. IV.
(3) C. civ., 1531 et 1532. V. cependant Marcadé, sur l'art. 1532, et M. Troplong, n. 2250.
(4) N. 1131.
(5) C. civ., 1536.
(6) C. civ., 1537.

Sous ce régime les époux ne peuvent donc jamais être tenus des dettes les uns des autres (1). Mais ils doivent avoir la précaution de faire constater la consistance de leur mobilier réciproque par un inventaire ou autre acte authentique. Les créanciers de chacun d'eux peuvent saisir tout le mobilier qui se trouve en leur possession, sauf aux conjoints à répéter une indemnité l'un contre l'autre.

1318. Quant au régime dotal, ce qui le caractérise, ce n'est pas, comme cette dénomination semble l'indiquer, que la constitution d'une dot lui soit particulière, puisque sous tous les régimes la dot est le bien que la femme rapporte au mari pour supporter les charges du mariage (2) ; c'est l'inaliénabilité des biens dotaux, c'est-à-dire des biens qui ont été constitués en dot à la femme (3). Tous les biens de la femme qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux, et ceux-là seuls sont aliénables.

1319. La femme peut se constituer en dot tous ses biens présents et à venir, meubles et immeubles, ou seulement une partie de ses biens ou un immeuble déterminé (4). Pendant le mariage, l'administration des biens dotaux appartient au mari, qui, seul, a le droit d'en percevoir les fruits et les intérêts. Mais, comme nous avons déja eu l'occasion de le dire, les produits que la femme retire de son commerce particulier, quand le fonds de commerce n'est pas dotal, ne sont pas des fruits que le mari ait le droit de percevoir : ils lui restent propres (5).

1320. C'est du reste une grave question que de savoir si le principe de l'inaliénabilité de la dot atteint la dot mobilière comme la dot immobilière. L'article 1554 du Code civil, le seul qui pose le principe de l'inaliénabilité, ne parle que des immeubles. « Les immeubles constitués en dot, dit cet article, ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni

(1) Voy. *sup.*, n. 1131.
(2) C. civ., 1540.
(3) C. civ., 1554.
(4) C. civ., 1542.
(5) Voy *sup.*, n. 1131.

par le mari, ni par la femme, ni par tous les deux conjointement. » D'autres articles, notamment les articles 1555 et 1556, emploient, en parlant de la dot, les termes *biens dotaux*, qui, dans leur généralité, embrassent les meubles comme les immeubles. Il y a donc dans ces dispositions une incertitude qui vient du peu d'attention que les rédacteurs du Code ont accordé à la propriété mobilière. C'est en conséquence par l'esprit de la loi plus que par son texte, qu'on doit résoudre la difficulté ; et, dès lors, il me paraît convenable de reconnaître que le principe de l'inaliénabilité, qui a pour objet de conserver la dot à la femme et à sa famille, doit protéger une dot mobilière d'un million, comme elle protége un arpent de terre. C'est du reste en ce sens que se sont prononcés la jurisprudence et un grand nombre d'auteurs ; et je crois qu'on doit les suivre avec d'autant plus de raison que le régime dotal appliqué aux meubles et aux valeurs mobilières ne leur imprime point une immobilité contraire aux développements du commerce et de l'industrie (1).

Il est en effet à remarquer que la nature particulière des meubles modifie nécessairement la règle de l'inaliénabilité, et que dans tous les cas où l'administration de la dot mobilière qui appartient au mari se confond avec la disposition des objets qui la composent, le mari peut aliéner la dot mobilière qui se trouve garantie par l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari, laquelle hypothèque légale devient alors incessible et inaliénable (2).

(1) Dans le sens de l'inaliénabilité de la dot mobilière, voy. Grenier, *Des hyp.*, t. I, n. 34 ; Benoît, *De la dot*, n. 206 ; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Régime dotal*, n. 101 ; Tessier, *De la dot*, t. I, p. 289 ; MM. Rodière et Pont, t. III, n. 1772 ; Cass., 1er février 1819, S., 6, 1, 16 ; 26 mai 1836, S., 36, 1, 775 ; 2 janvier 1837, *ibid.*, 37, 1, 97 ; 23 décembre 1839, *ibid.*, 40, 1, 242 ; 14 nov. 1846, *ibid.*, 46, 1, 824. — J'omets ici l'indication des arrêts de cours d'appel, dont la mention se trouve aux endroits cités du *Recueil général des Lois et des Arrêts*. — Dans le sens de l'aliénabilité, voy. Toullier, t. XIV, n. 176 et 177 ; Duranton, t. XIV, n. 542 ; Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 320 ; M. Troplong, *Des hyp.*, t. IV, n. 923, *et du contr. de mar.*, n. 3225 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 1554. Quant aux arrêts, voy. notamment Lyon, 16 juillet 1840, S., 41, 2, 241.

(2) Cass., 26 août et 1er déc. 1851, S., 51, 1, 805 ; 20 mars 1855, S., 55, 1, 481 ; M. Troplong, n. 3226 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 1554.

1321. La femme a l'administration et la jouissance des paraphernaux ; elle reprend l'administration des biens dotaux quand elle a fait prononcer sa séparation de biens (1).

1322. Il suit de tout ce qui précède, que, sous ce rapport, le mari ne peut jamais être tenu des dettés de la femme, ni la femme des dettes du mari, puisqu'il n'y a rien de commun entre eux, et que le mari, n'étant que l'administrateur des biens dotaux, n'en peut pas plus disposer que la femme ne le pourrait elle-même (2).

1323. Il est cependant plusieurs cas prévus par la loi où les biens dotaux peuvent être affectés à l'acquit des dettes. Trois seulement doivent nous occuper ici. Le premier est celui où il s'agit de tirer de prison le mari ou la femme incarcérés pour dettes (3). Mais il est à remarquer, d'une part, que la faculté d'aliénation accordée pour tirer de prison le mari ou la femme, ne s'entend que du cas où l'un des époux est actuellement incarcéré (4). Ainsi la dot ne pourrait être aliénée après la sortie de l'époux pour payer le créancier qui l'aurait laissé sortir dans l'espérance d'être payé avec les produits de l'aliénation (5). Ainsi encore il ne suffirait pas de la menace d'emprisonnement pour que l'aliénation pût être permise (6).

Le second cas est celui où il s'agit d'acquitter les dettes de la femme antérieures au mariage (7).

Le troisième cas est celui où il s'agit de fournir des aliments à la famille, ce qui doit s'entendre non-seulement des sommes nécessaires pour subvenir directement à l'alimentation actuelle de la famille, mais encore des dépenses nécessaires pour assurer dans l'avenir cette alimentation. C'est en ce sens

(1) C. civ., 1574.

(2) V. *sup.*, n. 1131.

(3) C. civ., 1558. — Ce premier cas n'a plus qu'un intérêt très-restreint depuis la suppression de la contrainte par corps en matière commerciale.

(4) Pothier, *Puissance marit.*, n. 35 et 39 ; M. Merlin, *Répert.*, v° *Dot*, § 8 ; Toullier, t. XIV, n. 199 ; Benoît, *De la dot*, t. I, n. 227 ; Tessier, t. I, p. 419 ; Duranton, t. XV, n. 509 ; Marcadé, sur l'art. 1558 ; M. Troplong, n. 3441.

(5) Cass., 25 avril 1842, S., 42, 1, 541 et 30 déc. 1850, S., 51, 1, 29.

(6) Cass., 25 avril 1842, *ibid.*, *Contrà*, MM. Rodière et Pont, t. II, n. 513.

(7) C. civ., 1558.

qu'il a été jugé que la loi qui autorise l'aliénation de la dot pour fournir des aliments à la famille, autorise par cela même cette aliénation pour donner à la femme le moyen d'exploiter un fonds de commerce qui est sa seule ressource (1).

Dans ces divers cas, l'aliénation ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la justice, aux enchères et après trois affiches (2).

1324. Tel est l'exposé sommaire des règles auxquelles les différents régimes matrimoniaux soumettent les époux. J'ai cherché à faire ressortir celles qui s'appliquent le plus habituellement aux intérêts commerciaux des époux. Cependant, cet exposé est nécessairement fort incomplet, puisque toutes les questions qui peuvent naître à l'occasion des droits des époux sur leurs biens communs ou particuliers, touchent à leurs intérêts commerciaux quand ces biens eux-mêmes ont un commerce pour objet ou sont le produit d'un commerce. Mais plus de détails m'entraîneraient au delà des limites que je me suis fixés et excéderaient la mesure que je dois garder dans toutes les parties de mon travail.

1325. Il y aurait à examiner ici quelques questions de compétence qui intéressent les veuves des commerçants : mais ces questions ayant rapport aux veuves considérées comme succédant en quelque sorte à leurs maris, j'en renvoie l'examen à l'endroit où je m'occuperai des héritiers des commerçants (3).

SECTION II. — DES DROITS DES CONJOINTS EN CAS DE FAILLITE DE L'UN D'EUX, ET SPÉCIALEMENT DES DROITS DES FEMMES.

SOMMAIRE. — 1326. La faillite de l'un des époux entraîne-t-elle celle de l'autre ? Faillite de la femme. — 1327. Faillite du mari. — 1328. Complicité de banqueroute. — 1329. Effets de la faillite du mari sur les droits de la femme. — 1330. La femme qui veut faire valoir ses droits dans la faillite de son mari, doit préalablement obtenir sa séparation de biens. — 1331. Contre qui doit être formée la demande en séparation. —

(1) Cass., 15 nov. 1855, S., 56, 1, 204.
(2) C. civ., 1558.
(3) Voy. *inf.*, ch. II.

1326. La première question qui se présente ici est celle de savoir si les époux peuvent être déclarés en faillite conjointement l'un avec l'autre.

D'abord, en ce qui touche le mari en cas de faillite de la femme, il est évident qu'il ne peut être déclaré en faillite conjointement avec elle, alors même que les époux se seraient obligés conjointement. La femme n'est réputée marchande publique qu'autant qu'elle fait un commerce séparé. Peu importe donc que le mari puisse être tenu plus ou moins strictement des obligations de la femme, qu'il en soit tenu comme mari ou à la fois comme mari et comme caution ou co-obligé : la qualité de commerçante qui appartient à la femme, ne réagissant pas sur le mari, il ne peut pas être déclaré en faillite, par cela seul que la femme est en faillite. Il en serait ainsi, alors même que le mari ferait de son côté un commerce. Si, dans ce cas, il n'acquittait pas toutes celles des obligations de la femme que la loi ou la convention ont mises à sa charge, il pourrait, sans doute, être déclaré en faillite; mais sa faillite serait tout à fait distincte de celle de la femme, puisqu'elle proviendrait de ce qu'il ne remplit pas ses obligations, et non de ce que la femme ne remplit pas les siennes.

Donc, en cas de faillite de la femme, la position du mari reste ce qu'elle était auparavant, et ses droits n'en éprouvent aucune modification. Ils sont déterminés d'avance, ainsi que ses obligations, par le régime sous lequel les époux se sont unis, ou les conventions par lesquelles le mari s'est engagé au delà des obligations qui résultaient pour lui de la loi seule; et les difficultés qui peuvent se présenter alors ne naissent pas des règles particulières et spéciales à la faillite, mais seulement de l'application des principes du droit commun sur l'association conjugale, et de leurs conséquences selon le régime qui la gouverne, principes que j'ai déjà exposés (1).

1327. Il n'en est pas absolument ainsi en ce qui touche la femme en cas de faillite du mari. La faillite du mari n'entraîne pas celle de la femme, pas plus que celle de la femme n'entraîne celle du mari; mais la faillite du mari place la femme dans une position particulière et fait cesser, à son égard, les règles du droit commun pour la placer sous l'empire d'un droit exceptionnel qui fait réagir sur elle, ou plutôt sur ses biens et sur ses reprises matrimoniales, les conséquences de l'état dans lequel se trouve son mari vis-à-vis de ses créanciers.

Je dis, en premier lieu, que la faillite du mari n'entraîne pas celle de la femme, pas plus que celle de la femme n'entraîne celle du mari (2). En effet, la femme d'un commerçant n'est pas commerçante elle-même, quelque part qu'elle prenne au commerce de son mari; elle ne serait commerçante que si elle faisait un commerce séparé; la gestion du commerce de son mari dont elle peut être chargée, les obligations qu'elle a contractées conjointement et solidairement avec lui, ne changent pas sa position à cet égard ; et si les obligations qu'elle a souscrites avec ou pour son mari peuvent avoir pour conséquence, lorsqu'elle ne paye pas, de la faire déclarer en faillite, quand elle est marchande publique, sa faillite est distincte et

(1) Voy. *sup.*, sect. I.

(2) Caen, 24 août 1825, S., 8, 2, 133; D., 26, 2, 76 ; Paris, 7 fév. 1835, S., 35, 2, 512; Cass., 27 mai 1851; S., 51, 1, 415; Horson, *Questions*, t. II, p. 271.

séparée de celle de son mari, comme dans un cas semblable, celle du mari serait distincte de celle de la femme.

1328. Cela n'empêche pas d'ailleurs que le conjoint du failli déclaré banqueroutier ne puisse être poursuivi comme complice de la banqueroute, jugé et condamné comme tel par application de l'article 594 du Code commerce (1).

1329. Mais les répétitions que la femme peut avoir à exercer contre son mari ou contre la communauté, la reprise de ses apports, l'exercice de son hypothèque légale sur les biens de son mari, en un mot tous les droits qui lui appartiennent comme femme, soit en vertu de la loi, soit en vertu de son contrat de mariage, sous quelque régime que les époux aient contracté, sont profondément modifiés par la faillite du mari.

1330. Il faut d'abord remarquer que la femme d'un failli qui veut exercer contre lui les répétitions auxquelles elle peut avoir droit, doit, sauf le cas où elle serait mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle, demander sa séparation de biens judiciaire. Sans doute il est de principe que la faillite rend exigibles toutes les dettes passives du failli quoique non échues (2); mais les dettes du mari envers la femme, telles que la dot qu'il a reçue et qu'il doit restituer, ou ses reprises dont il lui doit tenir compte, constituent des dettes d'une nature particulière qui ne deviennent exigibles que par la dissolution du mariage ou la séparation de biens, parce que jusque-là le mari reste, nonobstant la faillite, chef de la communauté ou administrateur des biens de la femme (3), et que la

(1) Amiens, 3 avril 1851, S., 51, 2, 312.

(2) C. civ., 1188; C. com., 444.

(3) Il a été jugé par la cour de cassation le 20 avril 1869 (D., 70, 1, 99) que les trustee ou fidéicommissaires auxquels une femme mariée sous le régime de la loi anglaise a concédé et transmis la propriété de tous ses immeubles pour assurer l'exécution du contrat de mariage, sont réputés propriétaires de ces biens; et que par suite, si le mari les a vendus en contravention aux clauses de ce contrat, ils ont le droit d'en réclamer le prix, notamment à la faillite de ce dernier. — Sous ce régime qui est exclusif de celui de la communauté et qui équivaut à une séparation de biens contractuelle, les trustee qui représentent la femme peuvent agir comme le pourrait la femme française séparée de biens contractuellement ou judiciairement. V. M. Colfavru, *Du contrat de mariage en Angleterre*, p. 128 et s.

femme n'a de compte à lui demander que lorsqu'il a cessé d'être chef ou administrateur (1).

1331. La demande à fin de séparation de biens doit être formée contre le mari et contre les syndics conjointement. Si ceux-ci n'étaient pas mis en cause, ils auraient le droit d'y intervenir (2). S'ils n'ont pas été mis en cause, et s'ils ne sont pas intervenus, ils peuvent attaquer le jugement qui prononce la séparation, par voie de tierce opposition, dans le délai d'un an déterminé par l'article 873 du Code de procédure (3); mais le droit d'intervention ou de tierce opposition, qui dans les cas ordinaires appartient à tous les créanciers, en cas de faillite n'appartient qu'aux syndics qui seuls peuvent exercer les droits de la masse (4).

1332. Le droit de demander la séparation de biens est personnel à la femme. Cependant, en cas de faillite du mari, les créanciers de la femme peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (5); de sorte qu'ils peuvent agir contre le mari ou contre sa faillite, comme si la séparation était prononcée.

1333. Du reste, la demande seule en séparation de biens vaut de la part de la femme, et dès qu'elle est notifiée aux syndics, opposition à ce qu'il soit procédé hors sa présence à la liquidation des affaires de son mari ; et le jugement une fois rendu, comme elle ne peut diriger aucune poursuite individuelle contre le failli, il suffit qu'elle remette ses titres aux syndics, pour qu'il soit réputé exécuté dans le sens de l'article 1444 du Code civil qui exige, à peine de nullité, l'exécution du jugement, ou au moins des poursuites à fin d'exécution dans la quinzaine qui a suivi le jugement (6).

1334. Il s'agit maintenant de rechercher les droits que la

(1) Voy. *sup.*, n. 1289.

(2) C. procéd., 871 ; C. civ., 1447.

(3) C. civ., 1447. Bourges, 24 mai 1826, S., 8, 2, 236 ; D., 27, 2, 59.

(4) Montpellier, 7 juin 1827, S., 8, 2, 84 ; D., 26, 2, 11.

(5) C. civ., 1446.

(6) M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 613. Cet auteur cite à l'appui de son opinion, que j'adopte d'ailleurs, un arrêt de Bourges du 26 mai 1826, qui juge une tout autre question.

séparation de biens permet à la femme d'un failli de faire valoir, et les reprises qu'elle lui laisse la faculté d'exercer.

Les dispositions du Code de commerce sur ce point respirent un sentiment de méfiance contre les commerçants, qui était porté à un degré beaucoup plus élevé dans le Code de 1808 que dans la législation de 1838. Les temps et les choses avaient, il est vrai, bien changé dans l'intervalle qui sépare les deux législations. Les dernières années de la Révolution avaient vu faire et défaire de grandes fortunes par l'agiotage, par des commerces peu réguliers et des faillites moins régulières encore. Les rédacteurs du Code le préparaient au milieu des catastrophes commerciales, et au bruit des imprécations arrachées à des créanciers ruinés, par les scandales dont ils avaient été les victimes, et par le spectacle de femmes qui s'enrichissaient frauduleusement à chaque faillite de leurs maris.

L'Empereur Napoléon Ier, oubliant qu'un état aussi exceptionnel devait être passager, et qu'il s'agissait surtout d'un mal local qui affectait moins le commerce proprement dit, que certaines spéculations où l'adresse des joueurs était disposée à corriger les erreurs du hasard, se jeta dans la discussion du Code de commerce avec moins de calme qu'il n'en avait apporté dans la discussion du Code civil. Pour empêcher les fraudes qui pouvaient se pratiquer dans les conventions matrimoniales, dans la constatation des apports, il refusait aux femmes tous les droits qu'elles puisaient dans la législation commune ; et après avoir fait dire dans une circulaire adressée aux chambres de commerce, le 18 juin 1806, que les biens personnels des femmes devaient entrer en masse dans l'actif pour le payement des créanciers, il dit lui-même au Conseil d'État que la femme devait partager le malheur de son mari, et qu'il fallait la réduire à de simples aliments. Ces exagérations du vainqueur d'Austerlitz ruinaient les femmes, pour que les femmes ne ruinassent pas les créanciers ; et, au lieu de chercher le moyen de maintenir chacun dans le juste et convenable exercice de ses droits réciproques, on trouvait plus simple de supprimer les uns au profit des autres.

Les tendances de l'époque et les idées qui avaient cours, ne permettaient pas aux auteurs du Code de commerce de se rendre un compte exact de l'état des choses, d'en apprécier les causes économiques, et de réduire à leur juste valeur des préventions contre le commerce en général, qui devaient, de jour en jour, devenir moins fondées. Mais ils avaient un esprit droit, un grand amour des règles et de la justice, et cet attachement particulier aux légistes pour les principes généraux qui sont la base du droit, et qu'ils avaient eux-mêmes tant concouru à remettre en honneur dans le Code civil. Ils pensèrent donc avec raison que si le mari était malheureux, il n'y avait aucune raison pour punir la femme de ce malheur, et, créancière elle-même, pour la traiter plus durement que les autres créanciers; que si le mari était coupable, ce n'était pas un motif pour que la femme fût coupable elle-même, et pour bouleverser, dans le but de la punir des désordres qu'elle n'avait peut-être pas pu empêcher, tous les principes de la législation commune sur les droits des femmes; enfin pour la priver de la faculté de retirer ce qu'elle avait apporté, et d'exercer ses reprises légitimes.

Tels furent les principes qui dirigèrent les auteurs du Code de commerce. Toutefois, dans l'application qu'ils en firent, ils ne purent se dégager complétement des préventions générales dont leur travail porte des traces et qui se retrouvent encore en partie dans les dispositions de la loi nouvelle.

Ces dispositions ont pour objet de régler la reprise des immeubles, celle des meubles, et enfin l'hypothèque légale de la femme pour sûreté de ces reprises.

1335. En ce qui touche les immeubles, la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, a le droit de reprendre en nature tous ceux de ses apports immobiliers qui ne se trouveraient pas mis en communauté (1). Il suit de là que l'ameublissement des immeubles, les faisant tomber dans la communauté (2), s'oppose à ce que la femme puisse les reprendre

(1) C. com., 557.
(2) Voy. *sup.*, n. 1308.

en nature, et, cela, alors même que la femme aurait stipulé la reprise de son apport franc et quitte, parce que, dans le cas où il y a ameublissement, cette stipulation se résout en une créance protégée par l'hypothèque légale (1).

Quant aux immeubles qui lui sont advenus pendant le mariage par succession ou par donation entre-vifs ou testamentaire, elle peut également les reprendre en nature, soit qu'ils lui viennent d'un parent, soit qu'ils lui viennent d'un étranger. Le projet du Code de 1808 restreignait cette faculté de reprise, relativement aux donations, à celles qui étaient faites en ligne directe ou collatérale, ce qui excluait les immeubles donnés par un étranger. On craignait les donations frauduleuses qui seraient faites au mari en la personne de sa femme. Mais on comprit que la crainte d'une fraude dont la preuve serait presque toujours possible, ne suffisait pas pour frapper les femmes des commerçants d'une véritable incapacité de recevoir; et la restriction disparut de la rédaction définitive (2).

1336. La femme reprend pareillement les immeubles acquis par elle en son nom, par son mari ou par toute autre mandataire (3), des deniers provenant de succession ou donation, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique (4).

Dans tous les autres cas et sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, et ont été payés de ses deniers; ils doivent donc être réunis à la masse de son actif, tant que la femme ne fournit pas la preuve du contraire (5).

De là il suit que, lorsqu'il s'agit de l'emploi des deniers de

(1) M. Lainné, *Des faillites*, p. 417; M. Alauzet, t. IV, n. 1868.
(2) Locré, *Esp. du Cod. com.*, t. VII, p. 108.
(3) M. Renouard, t. II, p. 285; M. Lainné, p. 429.
(4) C. com., 558.
(5) C. com., 559.

la femme provenant de donation ou succession, l'acte d'acquisition ne fait preuve des droits de propriété de la femme qu'autant qu'il contient déclaration d'emploi, et que la provenance des deniers est prouvée par inventaire ou autre acte authentique; tandis que, lorsqu'il s'agit d'acquisitions faites par la femme, et qu'elle prétend avoir été payées par des deniers qui lui appartenaient à tout autre titre, elle peut prouver par toute sorte d'actes la propriété des deniers, sans être obligée d'en établir l'origine par un acte authentique (1). C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 8 janvier 1844 (2), que l'origine dotale des deniers employés à l'acquisition d'un immeuble par la femme d'un commerçant failli est suffisamment constatée lorsque l'acte de vente établit, non-seulement que l'acquisition a été faite pour servir de remploi à la femme, mais encore que le prix a été payé avec la dot mobilière qui lui avait été constituée par son contrat de mariage; et qu'il n'est pas indispensable, en ce cas, que le payement de la dot à la femme ou à son mari soit constaté par une quittance authentique.

La Cour de Paris s'est prononcée dans le même sens, le 9 fév. 1867 (3), pour le cas où il s'agissait d'acquisitions d'immeubles faites par la femme à l'aide des deniers provenant d'économies faites sur ses revenus, ou des produits de son industrie, ou de toute autre cause non susceptible d'être constatée par inventaire ou par acte authentique.

Il a été jugé toutefois qu'une preuve littérale ou écrite est nécessaire, et qu'on ne pourrait admettre une preuve testimoniale (4). Mais cette opinion me paraît d'autant plus rigoureuse que lorsque les deniers n'ont pas un contrat pour origine, il n'est pas possible d'en rapporter une preuve par écrit proprement dite.

(1) M. Renouard, t. II, p. 286; M. Alauzet, t. IV, n. 1872; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 529. Voy. en sens contraire, M. Esnault, t. III, n. 385, et M. Bédarride, t. II, n. 1006, et Bravard, t. V, p. 529.

(2) S., 44, 1, 164. Voy. aussi Grenoble, 28 juin 1858, S., 59, 2, 240.

(3) D., 68, 2, 29.

(4) Nancy, 17 janv. 1846, S., 47, 2, 129. Voy. en sens contraire M. Alauzet, t. II, n. 1872.

De même, s'il s'agit d'immeubles acquis en remploi du prix des propres de la femme précédemment aliénés, la propriété de la femme pourra être établie par toute espèce de titre, sans qu'il soit nécessaire de constater authentiquement l'origine des deniers. Mais on comprend que les juges devraient se montrer plus difficiles sur les preuves si l'acte d'acquisition ne contenait pas déclaration de remploi.

Enfin, s'il s'agissait d'un immeuble échangé contre un autre immeuble, l'acte d'échange, rapproché des actes qui constateraient la propriété de la femme sur l'immeuble aliéné, suffirait pour établir ses droits sur l'immeuble acquis (1).

1337. Du reste, les actions en reprises dont il vient d'être question, ne peuvent être exercées par la femme qu'à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont grevés, soit que la femme s'y soit obligée volontairement, soit qu'elle y ait été condamnée. Telle est la disposition de l'article 561 du Code de commerce. Mais, dans ce cas, s'il s'agissait de dettes contractées par son mari, la femme aurait un recours en indemnité contre ce dernier aux termes du droit commun (2). C'est donc à tort que deux auteurs (3) voient dans cette disposition une dérogation au principe de l'article 1494 du Code civil, suivant lequel la femme renonçante, qui est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers, reste néanmoins tenue envers ceux-ci lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari ou ses héritiers. Le Code de commerce étend sans doute l'obligation de la femme, en ce sens qu'il la déclare tenue sur ses biens tant des dettes et des hypothèques dont ils ont été grevés de son consentement, que de celles qui les grèvent en vertu de condamnations judiciaires; mais cette disposition, uniquement relative aux créanciers, ne fait aucun obstacle à l'exercice ultérieur des droits de la femme contre le mari, et conséquemment à l'exercice de l'action en

(1) M. Renouard, t. II, p. 284.
(2) C. com., 563; M. Renouard, t. II, p. 294.
(3) MM. Montgalvy et Germain, *Analyse du Code de commerce*, t. II, p. 212.

indemnité que lui accorde l'article 1494, pour laquelle, comme nous le verrons bientôt, l'article 563 du Code de commerce lui donne une hypothèque légale (1).

Quant à la femme qui a payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de celui-ci; elle ne peut donc exercer aucune action contre la faillite, à raison des indemnités auxquelles elle prétend avoir droit, tant qu'elle ne prouve pas l'origine des deniers qu'elle aurait employés à ce payement. Cette preuve peut être faite par toutes sortes de preuves, comme lorsqu'il s'agit d'établir l'origine des deniers employés au payement des immeubles acquis par la femme ou en son nom (2).

1338. En ce qui touche les meubles, les droits des femmes des faillis sont réglés par l'article 560 du Code de commerce. Aux termes de cet article, la femme, quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelle son mari est devenu commerçant (3), peut reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage ou qui lui sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testamentaire, et qui ne sont pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en est prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique. A défaut par la femme de faire cette preuve, tous les effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, sont acquis aux créanciers, sauf aux syndics à remettre à la femme, avec l'autorisation du juge-commissaire, les habits et linge nécessaires à son usage.

Ces dispositions ont remplacé celles de l'ancien article 554 d'après lequel tous les meubles meublants, effets mobiliers, diamants, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'eût été formé le contrat de mariage, étaient acquis aux créanciers, sans que la femme pût en recevoir autre chose que les habits et linge à son usage.

(1) Voy. *inf.*, n. 1344.
(2) C. com., 559, 562.
(3) Rouen, 16 avril 1857, S., 58, 2, 51.

Toutefois, la femme pouvait reprendre les bijoux, diamants et vaisselle qu'elle justifiait par état légalement dressé ou par bons et loyaux inventaires lui avoir été donnés par contrat de mariage, ou lui être advenus par succession seulement.

De la comparaison de ces deux articles, il résulte que le droit de reprise en nature, qui étaient l'exception, est devenu la règle générale; et que la femme qui ne pouvait reprendre en nature que certains meubles quand elle prouvait sa propriété, peut aujourd'hui les reprendre tous quand elle fait cette preuve. C'est là, du moins quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, une dérogation aux principes qui n'accordent à la femme que le droit de reprendre la valeur des meubles qui lui sont restés propres ou qui ont été *réalisés* par son contrat de mariage (1), et qui, au lieu d'un droit de reprise en nature, ne donnent aux époux qu'une simple créance. C'est une faveur pour la femme à laquelle il est plus facile et plus sûr d'exercer une reprise en nature, que de faire liquider une créance; mais aussi, relativement aux meubles meublants et à ceux qui sont à l'usage personnel des époux, la reprise en nature, après un long usage des objets repris, peut être moins avantageuse qu'une créance représentative de la valeur du mobilier au jour où il est échu à la femme.

Ces dispositions, en imposant à la femme qui veut reprendre en nature les meubles qu'elle prétend lui appartenir, l'obligation d'en prouver l'origine et l'identité par un inventaire ou tout autre acte authentique, dérogent encore aux règles générales qui permettent à la femme, à défaut d'inventaire, de prouver la consistance d'un mobilier qui lui est échu, par témoins ou même par commune renommée (2). Il ne pourrait d'ailleurs être dérogé à ces dispositions par le contrat de mariage : et la clause qui dispenserait la femme en cas de faillite du mari de prouver l'identité du mobilier par elle réclamé ne serait pas opposable aux créanciers de son mari (3).

(1) C. civ., 1503. Voy. *sup.*, n. 1307.
(2) C. civ., 1504.
(3) Paris, 9 fév. 1867, D., 68, 2, 29.

1339. Du reste, il ne faut pas croire que la femme qui prouve qu'elle a apporté des meubles pour une valeur déterminée, ou que des meubles lui sont échus par succession ou donation, n'ait plus aucun droit à exercer lorsqu'elle ne parvient pas à prouver de plus leur identité avec ceux qui se trouvent en la possession du mari, soit par défaut de preuve, soit parce que les meubles ont été dénaturés par le mari. Elle ne peut sans doute reprendre ses meubles en nature; mais il lui reste une créance protégée par son hypothèque légale, de la manière et suivant les conditions qui seront ci-après expliquées (1).

1340. La femme a encore le droit de répéter les deniers qu'elle a apportés ou qui lui sont advenus depuis par succession ou par donation entre-vifs ou testamentaire, et dont elle prouve la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine (2); le prix non employé de ses immeubles aliénés pendant le mariage; enfin les indemnités auxquelles elle a droit pour les dettes par elles contractées avec son mari (3).

Comme on l'a vu plus haut, la jurisprudence qui décidait que, dans les cas ordinaires, la femme exerçait ses reprises à titre de propriétaire et non à titre de créancière, décidait en même temps qu'au cas de faillite du mari, la femme ne pouvait exercer ses reprises sur le mobilier de la communauté par voie de prélèvement et par préférence aux créanciers de la faillite (4).

1341. Mais la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari n'ayant pas alors d'autre profession déterminée est devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration, ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage ; et réciproquement de leur côté, les créanciers ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme

(1) C. com., 562. Voy. *inf.*, n. 1344.

(2) Lyon, 29 avril 1850, S., 52, 2, 598; Grenoble, 17 août 1854, S., 55, 2, 485.

(3) C. com., 563.

(4) Voy. *sup.*, n. 1293.

au mari dans le même contrat (1). La faillite d'un commerçant produit donc une sorte d'incapacité rétroactive au jour du mariage qui enlève au mari la faculté de donner et à la femme celle de recevoir. Cette disposition est rigoureuse, et peut-être n'est-elle pas complétement juste. Aussi le Tribunat avait-il repoussé la disposition analogue qui se trouvait dans l'ancien Code de commerce. « Ces dispositions, disait-il, tendent, pour ainsi dire, à mettre en interdit toutes les classes de commerçants, en les privant de la faculté qu'ont les autres citoyens de faire, par contrat de mariage, des avantages à leurs épouses; et elles privent celles-ci de la possibilité de recevoir ces avantages d'une manière assurée. Cependant, lorsqu'un commerçant n'est pas en état de faillite, rien ne doit s'opposer à ce que, pour contracter un mariage qui lui convient, il dispose de ce qui lui convient en faveur de sa future épouse; et une fois qu'une femme s'est mariée avec un commerçant, à certaines conditions avantageuses insérées dans son contrat de mariage, elle a sur les biens de son mari un droit acquis dont on ne peut la priver sans injustice. » Néanmoins cette disposition fut maintenue par ce motif, donné par M. Treilhard, que les avantages faits à la femme par son mari « étaient un des grands moyens de préparer la ruine des créanciers voyant avec désespoir une femme, que tout le monde avait connue sans fortune, jouir tranquillement des biens immenses dont ils étaient dépouillés. » Mais c'est là une froide déclamation qui ne prouve ni l'utilité ni la justice de la disposition. De deux choses l'une : ou le mari au moment du mariage était dans un état prospère, et alors, comme on ne peut être fondé à croire qu'il préparait la ruine des créanciers qu'il n'avait pas encore, il y a injustice à priver la femme des avantages faits et reçus de bonne foi; ou les affaires du mari étaient déjà en mauvaise état lorsqu'il a assuré à sa femme des avantages qu'il ne pouvait lui faire sans causer préjudice à ses créanciers, et alors ceux-ci étaient suffisamment protégés par les règles du droit commun qui leur

(1) C. com., 564.

permettaient de faire annuler des libéralités faites en fraude de leurs droits (1).

Quoi qu'il en soit, cette disposition a passé du Code de commerce de 1808 dans la loi de 1838.

1342. La prohibition qu'elle consacre est générale et s'applique à tous les avantages faits à la femme, aux avantages actuels comme aux avantages futurs, parce qu'il y a même raison de décider pour les uns et pour les autres. Je ne saurais donc admettre l'opinion d'un auteur (2) qui pense que l'article 564 du Code de commerce, en refusant à la femme toute *action* à raison des avantages portés au contrat de mariage, excepte des avantages matrimoniaux dont il prononce l'annulation, ceux qui ne seraient plus exigibles, mais déjà perçus, et pour lesquels il n'est plus besoin d'exercer d'*action*. D'où il conclut que la femme ne pourra pas prendre un douaire ou un préciput, mais qu'elle ne rapportera pas une donation entre-vifs insérée au contrat de mariage et suivie de délivrance. Mais comme pour reprendre les biens qu'elle a apportés, de même que ceux qui lui sont échus par donation, de quelque part que vienne la donation, la femme doit nécessairement exercer l'action en reprise qui lui est ouverte par les articles 557 et 558 du Code de commerce, on ne peut s'empêcher de reconnaître que le mot *action* dont se sert l'article 564 est beaucoup plus général que ne l'a pensé l'auteur auquel je réponds, qu'il ne s'applique pas seulement à l'action tendante au payement du douaire ou du préciput, mais encore à l'action en reprise des biens donnés à la femme par son mari, et, conséquemment, que cet article annule sans distinction tous les avantages portés au contrat de mariage.

1343. Mais l'article 564 du Code de commerce ne parle que des avantages faits à la femme par le mari dans le contrat de mariage il se tait sur les donations qu'il lui ferait pendant le mariage : de là la question de savoir si la femme a action pour reprendre ces donations, par application des articles 557

(1) C. civ., 1167.
(2) M. Lainné, p. 163.

et 563 qui l'autorisent à reprendre les biens meubles ou immeubles qui lui sont échus pendant le mariage par donations entre-vifs, quels que soient les auteurs de ces donations ; ou bien si l'annulation prononcée par l'article 564 des donations faites par le mari à la femme par le contrat de mariage, ne doit pas à plus forte raison être appliquée aux donations faites pendant le mariage (1). Il est certain que si l'on s'attache à l'esprit de l'article 564, qui a été d'empêcher les fraudes dont le contrat de mariage pourrait devenir l'instrument, on doit à plus forte raison annuler les donations faites pendant le mariage par le mari à la femme, à une époque à laquelle il pouvait calculer les chances de sa position et mieux préparer encore la spoliation de ses créanciers. Mais si, d'un autre côté, on réfléchit qu'il s'agit de prononcer une nullité, et que les nullités ne se prononcent pas par voie d'induction; que l'article 564 ne parle que des avantages portés au contrat de mariage ; que l'article 446 n'annule les actes translatifs de propriété, à titre gratuit, que lorsqu'ils ont été faits dans un temps voisin de la faillite (2); que les articles 557 et 558 autorisent de la manière la plus générale les donations faites à la femme pendant le mariage, on arrive à reconnaître que la femme a le droit de reprendre les biens meubles ou immeubles qui lui ont été donnés par son mari durant le mariage, sauf le droit qui appartient aux créanciers de faire annuler la donation comme faite en fraude de leurs droits.

Quant aux avantages faits à une femme par son mari qui n'est devenu commerçant que plus d'un an après la célébration du mariage, ils ne sont pas atteints par la disposition de l'article 564 du Code de commerce, même au cas où il s'agirait d'avantages déguisés sous la forme d'une reconnaissance de dot, sauf aux créanciers à en demander la nullité s'ils sont entachés de dol ou de fraude (3).

1344. Pour toutes les reprises dont il a été question jus-

(1) On sait que ces donations sont autorisées par l'article 1096 du Code civil.

(2) Voy. *sup.*, n. 1217.

(3) Rennes, 17 mars 1858, S., 59, 2, 116.

qu'ici, sauf celles qui ont pour objet les immeubles qu'elle reprend en nature, et pour lesquels une pareille garantie est inutile, la femme du failli a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari. Toutefois, cette hypothèque légale est soumise à certaines conditions et restrictions qu'il importe d'expliquer.

Il est à remarquer, en premier lieu, en ce qui touche les deniers ou effets mobiliers que la femme a apportés en dot, ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, qu'elle ne peut prétendre à l'hypothèque légale que lorsqu'elle en prouve la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine (1). La délivrance ou le payement des apports peuvent être prouvés soit par le contrat de mariage lui-même qui en contient quittance, soit par un acte postérieur. Il a même été jugé par la Cour de cassation (2) que lorsqu'il a été convenu, dans le contrat de mariage d'un commerçant, et à l'égard d'apports de la femme payables seulement au jour du mariage, que l'acte de célébration vaudrait quittance de ces apports, l'acte postérieur de célébration, rapproché de la convention des époux, constitue une quittance authentique faisant preuve, tant à l'égard des créanciers qu'à l'égard des époux, de la réalisation de l'apport promis. Lorsqu'on présente un acte authentique ou ayant date certaine dont on prétend faire résulter la preuve de la délivrance, c'est aux juges à en apprécier la valeur; mais un acte est toujours nécessaire, de telle sorte qu'en cette matière tout exceptionnelle, la femme ne pourrait établir le payement de sa dot ou de ses apports à l'aide de la présomption établie par l'article 1569 du Code civil, aux termes duquel, « si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le payement de la dot, la femme ou ses héritiers peuvent la répéter contre le mari

(1) C. com., 568. Cass., 13 avril 1868, D., 70, 1, 126.

(2) 19 janvier 1836, S., 36, 1, 198; et 22 fév. 1860, S., 60, 1, 433. Voy. aussi Colmar, 28 déc. 1853, S., 56, 2, 497; M. Renouard, t. II, p. 315; M. Esnault, t. II, n. 586 *bis*; M. Bédarride, t. II, n. 1037; M. Alauzet, t. IV, n. 1877.

après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifie de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le payement (1). »

En ce qui touche l'indemnité qui lui est due à raison des dettes ou obligations par elle contractées avec son mari, la femme n'a d'hypothèque légale à l'égard de la masse de la faillite, ou des autres créanciers hypothécaires, lorsque ces obligations résultent d'actes sous seings privés, que du jour où ces actes ont acquis date certaine, conformément à l'article 1328 du Code civil : vis-à-vis de la masse, parce qu'il faut que l'hypothèque légale ait une date certaine antérieure à la faillite : vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires, parce qu'il faut que la femme prouve contre eux que son hypothèque légale remonte à une date antérieure à leur hypothèque conventionnelle (2).

1345. En second lieu, et c'est ici le point important, lorsque le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année, l'hypothèque légale ne peut s'exercer que sur les immeubles qui lui appartenaient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui sont advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire. Les immeubles qui lui sont advenus de toute autre manière et notamment à titre onéreux, sont affranchis de cette hypothèque (3). Il en est de même des constructions, améliorations ou additions faites aux immeubles du mari depuis le mariage ou depuis qu'ils lui sont échus par succession ou par donation, puisqu'elles équivalent à des acquisitions nouvelles (4).

Mais s'il s'agissait de travaux de reconstruction commandés par l'état de vétusté des immeubles et qui auraient pour

(1) Angers, 23 déc. 1868, D., 69, 2, 34.

(2) Cass., 15 mars 1859, S., 59, 1, 193. V. cependant Amiens, 26 mars 1860, S., 60, 2, 124.

(3) C. com., 563.

(4) M. Renouard, t. II, p. 312; M. Bédarride, t. II, n. 1033; M. Alauzet, t. IV, n. 1881, M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 566, note. Voy. en sens contraire, Rouen, 29 déc. 1855, S., 57, 2, 758; Grenoble, 28 juin 1858, S., 59, 2, 249. Voy. aussi M. Esnault, t. III, n. 599.

objet plutôt l'intérêt commun de tous les créanciers que l'intérêt particulier de la femme, il nous semble que la plus-value qui résulterait naturellement et sans excès de ses travaux devrait être atteinte par l'hypothèque légale de la femme (1).

Je pense même que si le mari, copropriétaire par indivis d'un immeuble au jour du mariage, se rend plus tard acquéreur, par suite d'une licitation ou d'un partage, de l'excédant de sa part et portion dans cet immeuble, l'hypothèque de la femme n'atteint pas la portion acquise, mais seulement la part qui appartenait originairement au mari. Il est bien vrai que, d'après la fiction de l'article 883 du Code civil, le partage étant déclaratif et non attributif de propriété, le mari est réputé avoir été seul propriétaire, dès l'origine, de l'immeuble invidis. Mais les créanciers du mari ne se paient pas de fictions, et la disposition, générale dans ses termes exceptionnelle dans son but, de l'article 563 ne permet pas à a femme de leur opposer celle de l'article 883 (2). Ce que l'article 563 a voulu empêcher, c'est que pendant le mariage des sommes d'argent ou des valeurs mobilières qui sont le gage commun de tous les créanciers, ne sortent de l'actif du débiteur pour se transformer en valeurs immobilières exclusivement affectées à la garantie de la femme au préjudice des autres créanciers du mari. La question n'est donc pas de savoir si son titre d'héritier doit faire réputer le mari seul propriétaire dès l'origine de l'immeuble indivis qu'il a acquis moyennant le payement d'une soulte. La question est de savoir si pour avoir la totalité de l'immeuble auquel il n'avait droit que pour partie, il n'a pas été obligé de payer une somme qui est sortie de son actif mobilier. Cette somme, vis-à-vis de la masse des créanciers qui y avait droit et n'a pu en être privée, se trouve représentée par la portion de l'immeuble acquise sur

(1) Caen, 3 juin 1865, S., 65, 2, 310.

(2) Paris, 8 avril 1853, S., 53, 2, 565; M. Demolombe, *Successions*, t. V, n. 328; M. Bertauld, quest., t. I, n. 317. Voy. en sens contraire, Grenoble, 5 août 1857, S., 58, 2, 163; Limoges, 14 mai 1853, S., 53, 2, 565; Cass., 10 nov. 1868, D., 69, 1, 150; M. Renouard, t. II, p. 312 et suiv.; M. Alauzet, t. IV, n. 1881; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 565 note.

licitation, et cette portion, pour rester dans l'esprit comme dans la lettre de l'article 563 du Code de commerce, doit échapper à l'hypothèque légale de la femme.

Du reste la femme du failli peut être admise, pour exercer son hypothèque légale sur un immeuble de son mari, nonobstant l'acte d'acquisition énonçant que le mari a acheté cet immeuble postérieurement à son mariage, à établir par la preuve testimoniale ou au moyen de présomptions graves qu'il l'avait réellement acquis à une époque antérieure au mariage (1).

On doit d'ailleurs considérer comme commerçant à l'époque de son mariage, celui qui avait à cette époque une autre profession déterminée, s'il se livrait en même temps à des opérations de commerce étrangères à sa profession (2).

On s'est demandé si la règle qui affranchit certains immeubles du failli de l'hypothèque légale de sa femme, était applicable au cas où les immeubles ont été vendus avant la faillite et où il ne s'agit plus que d'en distribuer le prix. Il me semble qu'il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point, et que la femme n'a pas plus de droits sur le prix qu'elle n'en aurait sur la chose, puisque la vente qui a eu lieu ne lui donne aucun droit nouveau et acquis sur le prix, qui ne peut être considéré que comme la représentation de la chose (3). Sans doute, si avant la faillite le prix avait été mis en distribution, si la femme avait été colloquée, et qu'elle n'eût plus qu'à toucher le montant de son bordereau de collocation, l'événement ultérieur de la faillite ne pourrait changer la position qu'elle aurait définitivement prise, ni lui enlever les droits qu'elle aurait acquis sur la partie du prix qui lui aurait été attribuée. Mais il en est tout autrement quand le prix n'est pas encore distribué :

(1) Grenoble, 28 juin 1858, S., 59, 2, 249.

(2) Cass., 5 juill. 1837, S., 37, 1, 923 ; Dall., 37, 1, 394 ; Nîmes, 10 juill. 1851, S., 51, 2, 634. — Du reste, la qualification de commerçant prise dans son contrat de mariage par le futur ne saurait enlever à la femme, au cas de faillite du mari, le bénéfice de son hypothèque légale sur tous les biens de celui-ci, lorsqu'en fait il n'était point commerçant au moment du mariage, et qu'il ne l'est devenu que plus d'une année après cette époque. Besançon, 13 fév. 1856, S., 56, 3, 367.

(3) Nancy, 27 mai 1865, S., 66, 2, 345.

la faillite qui survient s'en empare, et les droits de la femme sont dès lors déterminés par l'article 563 du Code de commerce (1).

Cette règle est également applicable au cas où les immeubles que l'article 563 du Code de commerce affranchit de l'hypothèque légale de la femme et qui ont été vendus par le mari se trouvent entre les mains d'un tiers détenteur qui en a payé le prix : la femme n'a aucune action hypothécaire contre ce tiers détenteur. Il y a à cela deux raisons : la première, c'est la généralité des termes de l'article 563 qui, en disant quels sont les immeubles qui seront seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme, en affranchit les autres immeubles d'une manière générale et sans distinction ; la seconde, c'est que l'action hypothécaire dirigée contre le tiers détenteur, donnant à celui-ci un recours en garantie contre son vendeur (2), réfléchirait nécessairement contre la masse qui supporterait ainsi indirectement les effets d'une hypothèque dont l'article 563 a eu précisément pour but de l'affranchir (3).

1346. Du reste, il ne faut pas perdre de vue, que dans tous les cas où, à raison de la profession commerciale exercée par son mari à l'époque du mariage ou dans un temps voisin, la femme se trouve privée de son hypothèque légale sur tout ou partie des immeubles de son mari, cette privation d'hypothèque, qui lui enlève une des garanties de son droit, ne touche pas à son droit en lui-même ; elle est alors assimilée aux créanciers chirographaires avec lesquels elle entre en concours. C'est ce qu'a fort bien jugé la cour de Douai, le 17 mai 1841, « attendu que les dispositions restrictives de l'article 563 du Code de commerce, de même que les conditions restrictives auxquelles cet article subordonne l'existence du privilége hypothécaire accordé aux femmes mariées par l'article 2135 du Code civil, n'ont pour objet que l'existence et l'exercice de ce privilége, et non la simple qualité de créancière chirographaire pour laquelle les femmes des commerçants ont été lais-

(1) M. Lainné, *Des faillites*, p. 457.

(2) C. civ., 2178.

(3) Agen, 22 juillet 1859, S., 60, 2, 86 ; M. Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 566, note.

sées sous l'empire du droit commun, et qui a pour effet de leur permettre de revendiquer le bénéfice de cette qualité dans tous les cas autorisés par la loi et notamment lorsqu'il s'agit de leurs reprises (1).... »

Cependant la femme qui ne peut agir comme hypothécaire, parce qu'elle se trouve dans le cas des restrictions posées par l'art. 563, ne peut agir comme chirographaire, à raison de ses reprises que lorsque, ses apports étant prouvés par un des moyens indiqués par les articles 557 et suivants, elle a action dans la faillite. Il ne lui suffirait pas d'établir son droit à ses reprises à l'aide des moyens autorisés par le droit commun. C'est donc à tort, selon moi, que la cour de Limoges a jugé le 29 juin 1839 (2) que la femme d'un failli qui ne justifie pas ses créances par actes authentiques, ou suivant les cas, par acte ayant date certaine, et qui par suite ne peut obtenir une hypothèque légale sur les biens de son mari, n'en a pas moins le droit de se présenter en qualité de simple créancière chirographaire. Les articles 557 et suivants, en déterminant par quelles preuves la femme d'un failli doit établir son droit à ses reprises, ont en vue son action dans la faillite et non l'hypothèque qui n'est qu'un moyen particulier d'action ou de garantie. Si donc les preuves requises sont nécessaires pour que la femme puisse exercer son hypothèque légale, elles sont également nécessaires pour qu'elle puisse agir et se présenter comme créancière.

1347. Une question plus délicate est celle de savoir si la femme qui, ayant obtenu sa séparation de biens avant la faillite de son mari, a fait liquider ses reprises, et qui, en vertu des jugements de séparation ou de liquidation, a fait inscrire également avant la faillite l'hypothèque judiciaire qui résulte de ces jugements, peut agir en vertu de cette hypothèque judiciaire pour toute la partie de ses reprises qui excède celle pour laquelle elle peut se prévaloir de son hypothèque légale. Des deux auteurs qui se sont les premiers occupés de cette question, l'un (3) se

(1) S., 41, 2, 450; D., 41, 2, 250; M. Renouard, t. II, p. 296.
(2) S., 40, 2, 9.
(3) M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 626.

prononce sans hésiter pour l'affirmative; l'autre (1), au contraire, se prononce pour la négative, en se fondant sur ce qu'en matière de faillite la loi a mis à l'exercice de l'hypothèque des femmes des bornes qu'on ne peut franchir. Le jugement qui prononcerait la séparation de biens et qui liquiderait les droits de la femme, ajoute cet auteur, ne ferait qu'en arrêter le chiffre, sans donner plus de privilége, ni plus d'extension aux sûretés que la loi accorde. La dernière de ces raisons ne me semble pas complétement satisfaisante. Il n'est pas exact de dire que le jugement de séparation ou de liquidation obtenu avant la faillite ne fait qu'arrêter le chiffre des créances de la femme. Il lui donne de plus le droit de les reprendre, et garantit l'exercice de ce droit par une hypothèque judiciaire. C'est là, pour la femme, un droit incontestablement acquis au moment où s'ouvre la faillite. On ne peut l'en priver qu'autant que la survenance de la faillite le lui enlève. Or, le lui enlève-t-il ? c'est là toute la question. Il n'est pas douteux qu'aucun texte exprès et direct n'empêche la femme d'exercer l'hypothèque judiciaire qu'elle aurait valablement acquise sur les biens de son mari; mais je crois qu'il y a une incompatibilité absolue entre ce droit et la restriction que la loi fait subir à l'hypothèque légale, surtout quand on se met en présence des motifs qui ont déterminé les modifications si remarquables que le Code de commerce apporte en cette matière aux droits des femmes. On n'a pas voulu que la femme, qui n'aurait pas eu un droit de préférence sur les deniers de la faillite, pût exercer un droit de préférence sur les immeubles acquis avec ces deniers; on n'a pas voulu que les biens acquis par le mari, avec les produits de son commerce ou de son industrie et qui sont le gage naturel des dettes qu'il a contractées dans ce commerce et dans cette industrie, fussent soustraits par la femme à l'action des créanciers de la faillite. N'est-il pas évident dès lors qu'admettre la femme à exercer dans la faillite une hypothèque judiciaire qu'elle aurait eu la précaution de se faire attribuer avant

(1) M. Lainné, p. 452. — Voy. dans le même sens, M. Bédarride, t. II, n. 1033.

la faillite, ce serait lui permettre d'éluder la loi, et d'obtenir indirectement ce qu'elle ne peut obtenir directement. Il est bien vrai que l'hypothèque judiciaire ne produit pas les mêmes effets que l'hypothèque légale, en ce sens qu'elle ne prend date que par l'inscription, tandis que l'hypothèque légale remonte au jour du mariage, ou à celui où la dette a pris naissance. Mais c'est là une différence tout à fait secondaire. Il se peut que l'hypothèque judiciaire préjudicie, sous ce rapport, à moins de créanciers que l'hypothèque légale; mais elle préjudicie toujours à quelques-uns. C'est ce préjudice que la loi a voulu empêcher, et ce serait méconnaître son but le plus manifeste que de permettre à la femme de faire, à l'aide d'une hypothèque judiciaire, ce qu'il lui est défendu de faire à l'aide d'une hypothèque légale.

Toutefois ce qui précède ne s'applique qu'à l'hypothèque judiciaire qui viendrait s'ajouter à une hypothèque légale, et non à l'hypothèque judiciaire qui résulterait d'un jugement prononçant contre le mari des condamnations étrangères aux reprises de la femme. C'est en ce sens qu'il a été jugé, avec raison selon moi, que l'article 563 du Code de commerce, qui n'accorde une hypothèque à la femme pour ses reprises que sur les biens qui appartenaient à son mari avant la célébration du mariage, ne s'applique pas à la créance de la femme résultant d'une pension alimentaire que son mari a été condamné à lui fournir par un jugement de séparation antérieur à la faillite, et pour sûreté de laquelle la femme a pris une inscription hypothécaire (1).

1348. Par la même raison si la femme avait une hypothèque conventionnelle du chef du vendeur sur des immeubles achetés par son mari, la survenance de la faillite ne s'opposerait pas à ce qu'elle exerçât cette hypothèque : les biens sont advenus au mari grevés de cette charge, et aucune circonstance volontaire ou involontaire provenant de son fait ne saurait enlever à la femme un droit acquis sans fraude.

On peut donner comme exemple le cas où une hypothèque

(1) Cass., 14 juin 1853, S., 53, 1, 609.

est consentie par un tiers intervenant au contrat de mariage, pour sûreté de la dot constituée à la femme, sur un immeuble dont le mari devient plus tard propriétaire. C'est là une hypothèque conventionnelle qui est hors de la portée des atteintes du Code de commerce. Seulement il faut remarquer que cette hypothèque n'a d'effet qu'à la date de son inscription, et que cette inscription est soumise aux règles spéciales prescrites en cas de faillite par l'article 448 du Code de commerce (1).

1349. C'est du reste un point capital et qu'il ne faut pas perdre de vue, que toutes les règles qui précèdent sur les droits des femmes en cas de faillite, ne sont relatives qu'au cas où il y a faillite, et ne peuvent être invoquées que par les créanciers de la faillite : jamais par le mari ou par ses héritiers.

Il suit de là, d'une part, que tant que la faillite n'est pas déclarée, les créanciers ne peuvent, quel que soit le mauvais état des affaires de leur débiteur, se prévaloir contre la femme des dispositions du Code de commerce sur les faillites. C'est ce que la Cour de cassation a formellement reconnu en jugeant, le 28 décembre 1840 (2), que l'article 563 du Code de commerce, restrictif de l'hypothèque légale de la femme, n'est applicable que lorsque le mari se trouve en état de faillite; de telle sorte que les juges saisis d'un ordre ouvert sur le mari non déclaré en faillite, et auquel la femme produit pour ses reprises, doivent déterminer ses droits d'après les règles ordinaires et le Code civil. Il est vrai que cet arrêt, de même que plusieurs autres, autorise, dans ce cas, les juges à vérifier le fait de la cessation de payements et à prendre pour constante la faillite non déclarée par le tribunal de commerce; mais j'ai déjà longuement réfuté cette dernière opinion sur laquelle il est dès lors inutile de s'arrêter ici (3).

Il suit également de là que l'article 563 n'est pas applicable au cas où l'insolvabilité du mari, qui était commerçant

(1) C. civ., 2135. Voy. *sup.*, n. 1219 et 1220. Cass., 23 août 1837, S., 37, 1, 875.

(2) S., 41, 1, 31.

(3) Voy. *sup.*, n. 1166. — V. Metz, 20 avril 1865, S., 66, 2, 281.

au moment de la célébration de son mariage, n'est survenue que postérieurement à la cessation de commerce, et ne remonte pas, par ses causes, à l'époque où il était commerçant (1).

1350. Il suit de là, d'autre part, que si, après la faillite, le mari est remis à la tête de ses affaires, la femme peut exercer contre lui les reprises qu'elle n'a pu exercer pendant la faillite, poursuivre aux termes du droit commun l'effet de son hypothèque légale sur les biens qu'il a nouvellement acquis ; en un mot, faire tout ce que lui permettent les règles ordinaires du droit civil pour rentrer dans l'intégralité des créances que la faillite ne lui aurait permis de toucher qu'en partie (2).

Mais tant que tous les créanciers hypothécaires ou chirographaires n'ont pas été payés, la femme du failli, qu'un concordat a remis à la tête de ses affaires, ne peut exercer ses droits sur les biens que son mari possédait avant ce concordat que dans la limite fixée par le Code de commerce. La raison de décider ainsi n'est pas précisément, comme on a semblé le croire, que le concordat ne ferait pas cesser l'état de faillite qui ne prendrait fin que par la réhabilitation (3) : la faillite prend fin par le concordat, puisque le failli concordataire rentre, quant à ses biens, dans l'exercice de tous les droits dont la faillite l'avait dessaisi (4). La raison est que le concordat n'a pas d'effet rétroactif ; qu'il ne peut empêcher la faillite d'avoir existé ; que la faillite a déterminé les droits de la femme sur les biens actuels du failli ; et que, par suite, elle a créé des droits contraires au profit des autres créanciers. Il faut donc que tous soient désintéressés, les uns par le payement de leurs créances hypothécaires, les autres par le payement des dividendes déterminés par le concordat, pour que la femme puisse exercer, sur les biens qui sont entrés

(1) Cass., 14 avril 1858, S., 58, 1, 670. — Voy. aussi *sup.*, n. 1155.

(2) Boulay-Paty, *Des faillites*, t. II, n. 100 ; M. Lainné, p. 453.

(3) Nîmes, 4 mars 1828, S., 9, 2, 47 ; D., 30, 2, 24 ; Cass., 1er décemb. 1858, S., 59, 1, 113 ; M. Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 567, note.

(4) Voy. *sup.*, n. 1236 et 1237.

dans la faillite, d'autres droits que ceux qui lui sont attribués par les dispositions exceptionnelles du Code de commerce (1).

1351. Ici se présentent d'autres questions qui naissent aussi à l'occasion du concordat. Aux termes de l'article 508 du Code de commerce, les créanciers hypothécaires, inscrits ou dispensés d'inscription, ne peuvent voter au concordat que s'ils renoncent à leurs hypothèques : il y a plus, le vote au concordat emporte de plein droit cette renonciation.

Il suit de là que la femme qui vote au concordat renonce à son hypothèque légale, et qu'elle se trouve, à raison de ses reprises, autres que celles qu'elle peut reprendre en nature, sur la même ligne que les créanciers chirographaires (2).

Mais pour voter au concordat, et par suite pour renoncer à son hypothèque légale, faut-il que la femme soit autorisée expressément et directement par son mari ? je ne le pense pas. Le concours du mari à l'acte est une autorisation suffisante (3). Le contraire résulte implicitement d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1840 (4). Mais cet arrêt, qui ne donne aucuns motifs à l'appui d'une solution qu'il se borne à énoncer, et qui, d'ailleurs, était indifférente à l'issue du pourvoi, ne me paraît devoir exercer aucune autorité sur la question.

Au reste, si la femme était créancière chirographaire de son mari, à tout autre titre que pour ses reprises matrimoniales, son vote au concordat devrait se rapporter à ses créances chirographaires, et ne pourrait emporter aucune déchéance relativement à l'hypothèque légale qui garantit ses reprises (5).

Rien n'empêche d'ailleurs la femme de délibérer au concordat de son mari failli, lorsque celui-ci n'ayant pas d'im-

(1) M. Renouard, t. II, p. 282; M. Lainné, p. 455; M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 629; M. Esnault, t. III, n. 395; M. Bédarride, t. II, n. 1043.

(2) Caen, 8 déc. 1852, S., 53, 2, 480.

(3) C. civ., 217. Voy. *sup.*, n. 1105 et 1139.

(4) S., 40, 1, 564.

(5) Même arrêt que ci-dessus.

meubles, sa créance n'est pas garantie par une hypothèque légale (1).

1352. Je termine par l'examen de deux questions transitoires qui, peut-être, peuvent se présenter encore. La première naît du rapprochement des anciens articles 551 et 552 du Code de commerce avec le nouvel article 563.

Les anciens articles 551 et 662 ne donnaient hypothèque à la femme du failli que sur les biens que celui-ci possédait au jour de son mariage ; tandis que l'article 563 de la loi de 28 mai 1838 étend cette hypothèque aux biens qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation. De plus, ils assimilaient à un négociant le fils d'un négociant, qui, n'étant pas négociant au jour de son mariage, l'était devenu plus tard à quelque époque que ce fût; tandis que l'article 563 n'assimile au commerçant que celui qui, n'étant pas commerçant lors de son mariage, l'est devenu dans l'année.

De là la question de savoir si c'est la loi existant au moment de l'ouverture de la faillite, ou celle qui était en vigueur à l'époque du mariage, qui détermine les effets ou l'étendue des droits hypothécaires de la femme sur les biens du failli.

Il faut distinguer entre les diverses espèces de créanciers.

Relativement aux créanciers hypothécaires inscrits avant la loi du 28 mai 1838, il ne peut y avoir de question : leur droit réel était acquis avant la survenance de cette loi ; les nouveaux droits hypothécaires qu'elle accorde aux femmes ne peuvent donc leur préjudicier.

Relativement aux créanciers hypothécaires dont les droits n'ont pris naissance que depuis la loi de 1838, la question ne me paraît pas non plus susceptible de difficulté. La loi est un titre nouveau qui donne hypothèque à la femme à partir de sa dette ; cette hypothèque prime donc les hypothèques judiciaires ou conventionnelles qui n'ont été acquises que plus tard.

A plus forte raison doit-il en être de même à l'égard des créanciers chirographaires dont les titres n'ont acquis date

(1) Cass., 11 nov. 1867. D., 67, 1, 405.

certaine que depuis la loi de 1838. Ils ne peuvent être mis en balance avec les droits hypothécaires antérieurs.

Mais que doit-on décider relativement aux créanciers chirographaires antérieurs à 1838, et relativement aux créanciers hypothécaires dont le titre est antérieur à 1838, et qui n'ont pris inscription que postérieurement? C'est ici que commence la difficulté. Elle consiste à savoir si les créanciers chirographaires antérieurs, et les créanciers hypothécaires non inscrits antérieurement, qui leur sont assimilables, avaient, avant la loi de 1838, un droit acquis que cette loi n'a pu leur enlever. Deux arrêts de la Cour de cassation, du 3 janvier 1844 (1), l'ont jugée négativement, et avec raison, par les motifs suivants qui offrent le résumé de tous les moyens qui peuvent être invoqués pour établir le droit de préférence des femmes sur les créanciers chirographaires antérieurs : « attendu qu'à dater de la loi du 28 mai 1838, l'article 563 est devenu le droit commun et a régi l'hypothèque légale des femmes dans toutes les faillites ouvertes postérieurement ; — attendu qu'en appliquant cet article lors même qu'il y a des créanciers chirographaires antérieurs à la promulgation, on ne lui donne pas d'effet rétroactif, parce que ces créanciers n'avaient point, à l'égard de la femme du failli et pour repousser l'hypothèque par elle réclamée, de droits définitivement acquis et irrévocablement conférés ; que leurs titres, en effet, ne leur attribuent aucune cause de préférence, aucun droit singulier ou spécial sur les immeubles de leur débiteur qui pouvait valablement les aliéner ou les grever d'hypothèque ; que soumis ainsi aux éventualités des conventions faites avec le failli, tant qu'il avait eu le libre exercice de ses droits, ils doivent l'être à plus forte raison aux modifications législatives dont l'expérience a fait connaître la nécessité, et que l'intérêt public a réclamées ; — attendu d'ailleurs que la faillite donnait seule aux créanciers le droit de faire restreindre l'hypothèque légale en vertu de l'article 551 du Code de commerce ; que l'ouverture de la faillite est un fait qui tombe

(1) S., 44, 1, 106. Voy. dans le même sens, Cass., 2 août 1847, S., 48, 1, 128. — Voy. aussi Cass., 10 avril 1850, S., 50, 1, 315.

sous l'empire de la législation alors existante, et que ce fait exceptionnel n'a pas, relativement aux créances nées antérieurement, le caractère ou la conséquence d'une condition à laquelle on puisse appliquer l'article 1179 du Code civil.... »

La seconde question transitoire naît du rapprochement de l'ancien article 549 du Code de commerce, qui refuse *dans tous les cas* à la femme le droit d'exercer, dans la faillite, aucune action pour raison des avantages portés au contrat de mariage, et du nouvel article 564 qui ne refuse ce droit qu'à la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou qui, n'ayant pas à cette époque de profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration. D'où la question de savoir lequel des deux articles est applicable à la faillite ouverte depuis la loi de 1838, d'un commerçant marié avant cette loi. On doit la résoudre au moyen d'une distinction entre le cas où le mari a embrassé la profession commerciale avant 1838, et celle où il ne l'a embrassée que depuis. Dans le premier cas, la condition dont l'ancien article 549 faisait dépeindre la restriction des droits de la femme étant accomplie avant la loi de 1838, et ayant fixé la position respective des parties, la survenance de cette loi ne pourrait la modifier sans produire un effet rétroactif. Dans le second cas, cette condition ne s'étant pas accomplie et les droits de la femme étant encore entiers, ils se trouvent conservés par la loi de 1838 qui seule peut déterminer les effets de la profession commerciale que le mari embrasserait sous son empire (1).

(1) M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 632. — Il a été jugé par la Cour de cassation le 8 mars 1865 (S., 65, 1, 260), que la disposition de l'ancien article 551, C. com., qui restreignait l'hypothèque légale des femmes de faillis aux seuls immeubles que le mari possédait au jour du mariage, n'est pas opposable à la femme qui s'est mariée avant la promulgation du Code de commerce. L'hypothèque légale de cette femme a frappé tous les biens du mari sans dictinction.

CHAPITRE II

DES HÉRITIERS DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 1353. Ce qu'on entend par héritier. — 1354. L'héritier représente la personne du défunt. Conséquences de ce principe. Distinction entre les droits actifs et les droits passifs. Droits actifs. — 1355. Droits passifs. Compétence relativement aux actions dirigées contre les veuves et héritiers des commerçants. — 1356. Actions nouvelles et actions en reprise d'instance. — 1357. Actions relatives à l'exécution des jugements rendus contre le défunt. — 1358. Compétence à raison du domicile. — 1359. *Quid* si l'héritier est engagé dans les ordres sacrés? — 1360. Compétence des arbitres. — 1361. Le compromis constitue pour les héritiers une obligation indivisible. — 1362. Voies d'exécution contre les héritiers. Contrainte par corps. — 1363. Les délais, déchéances et prescriptions qui couraient contre le défunt, courent contre ses héritiers. — 1364. Les prescriptions courtes établies par le Code de commerce courent-elles contre les héritiers mineurs? — 1365. Payement des dettes par les héritiers. — 1366. Renonciation ou acceptation sous bénéfice d'inventaire. — 1367. Résumé.

1353. On entend par *héritier* celui qui recueille, à titre successif, tous les droits actifs ou passifs qu'avait un défunt au moment de sa mort (1), ce qui comprend à la fois ceux qui ne doivent leur qualité qu'à la loi, c'est-à-dire les héritiers du sang; et ceux qui la doivent à la volonté du défunt, c'est-à-dire les héritiers institués ou légataires universels (2).

1354. L'héritier représente et continue la personne du défunt, c'est ce qu'exprime cet adage du droit : *hæres sustinet personam defuncti.* Il suit de là que toutes les demandes qui pouvaient être formées contre le défunt peuvent êtres formées contre son héritier; et que l'héritier peut intenter toutes les actions qui appartenaient au défunt.

Ces principes généraux du droit civil sont aussi ceux du droit commercial : *pactum factum cum aliquo*, dit la rote de Gênes, *comprehendit ejus hæredem licet de hærede non fuerit facta mentio* (3). La transmission des biens par succession est un

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Héritier.*

(2) C. civ., 1002, 1004.

(3) Décis., 101, n. 2. Voy. aussi Ansaldus, *Disc.* 34, n. 4. — Il a été jugé le 23 août 1871, par la Cour de cassation, à mon rapport, que la convention aux termes de laquelle des marchandises vendues seraient livrées contre

fait qui s'opère en vertu du droit civil; elle reste donc en dehors des règles du droit commercial qui lui sont complétement étrangères.

Il n'y a, en conséquence, aucun doute sur le point de savoir si les droits commerciaux, actifs ou passifs, passent du défunt à ses héritiers, en ce qui touche les droits eux-mêmes, c'est-à-dire la faculté de poursuivre l'exécution du contrat et l'obligation de l'exécuter. Mais il en est autrement en ce qui touche les accessoires commerciaux de l'obligation, soit qu'il s'agisse du mode de poursuite, soit qu'il s'agisse du mode d'exécution. On peut alors se demander à qui, du droit civil ou du droit commercial, appartient l'empire.

Il faut d'abord remarquer qu'il n'y a question que relativement aux droits passifs échus à l'héritier du chef du défunt. Quant aux droits actifs, l'héritier les exerce comme le défunt lui-même les aurait exercés, et il a contre les débiteurs toutes les voies d'action ou d'exécution auxquels ceux-ci se sont soumis, parce que ces voies d'action ou d'exécution sont la conséquence d'une obligation personnellement prise par le débiteur, et ne reçoivent dès lors aucune modification des changements qui peuvent s'opérer en la personne du créancier.

En conséquence, l'héritier qui trouve des obligations commerciales dans la succession du défunt peut poursuivre commercialement les débiteurs, les citer devant la juridiction consulaire et employer contre eux toutes les voies d'exécution que lui donnent son titre ou leur qualité.

1355. Mais quand l'héritier est débiteur du chef du défunt, à raison d'obligations commerciales, plusieurs questions peuvent se présenter.

le règlement du prix à fournir par l'acheteur, était opposable au vendeur par les héritiers ou ayants droit de l'acheteur décédé, qui étaient fondés à demander la livraison des marchandises achetées contre le règlement du prix en leurs propres billets au lieu et place de ceux que le décès de leur auteur avait mis ce dernier dans l'impossibilité de fournir lui-même, alors du moins qu'il est constaté en fait que le décès de l'acheteur n'a pas diminué les garanties promises au vendeur. Celui-ci, dans ce cas, ne serait pas fondé à prétendre qu'il n'est tenu de livrer les marchandises aux héritiers que contre un paiement au comptant.

La première est de savoir si l'héritier d'un commerçant, qui n'est pas commerçant lui-même, peut être assigné devant le tribunal de commerce à raison des engagements commerciaux pris par son auteur.

Cette question ne peut être un instant douteuse si l'on réfléchit que la compétence commerciale se fondant sur la nature de l'engagement, et non sur la qualité du débiteur, ne peut éprouver aucune modification d'un changement qui, survenu dans la personne du débiteur, ne touche pas à la nature de l'engagement : l'héritier est donc, comme le défunt lui-même, valablement assigné devant le tribunal de commerce.

Il faut en dire autant de la veuve commune en biens qui, tenue avec son mari défunt des dettes de la communauté lui succède en quelque sorte dans sa qualité de représentant de cette même communauté.

Ces règles ont été consacrées par une suite non interrompue de dispositions législatives, depuis l'édit de 1563, portant création des juges-consuls, jusqu'au Code de procédure qui nous régit aujourd'hui.

« Connaîtront lesdits juges et consuls des marchands, disait l'article 3 de l'édit de 1563, de tous procès et différends qui seront ci-après mus entre marchands, leurs veuves, marchandes publiques, etc. »

« Les veuves et héritiers des marchands, négociants et autres, contre lesquels on pourrait se pourvoir devant les juges et consuls, disait l'article 16 du titre XII de l'ordonnance de 1673, y seront assignés ou en reprise ou par nouvelle action. »

Enfin est venu l'article 426 du Code de procédure qui porte d'une manière encore plus précise : « Les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou par action nouvelle, sauf, si les qualités sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour être réglés, et ensuite être jugés sur le fond au tribunal de commerce. »

Sous l'empire de l'édit de 1568 et de l'ordonnance de 1673, c'était une question que de savoir si les veuves et héritiers des

commerçants, ou autres justiciables des tribunaux consulaires, devaient être assignés devant cette juridiction, quand ils n'étaient pas commerçants eux-mêmes. « Il faut entendre ainsi cette clause, disait Bornier (1), pourvu que les veuves et héritiers continuent le train et trafic de marchandise, autrement ils ne seront pas sujets à cette juridiction, comme il a été jugé par des arrêts des 20 avril 1573 et 15 mars 1574 (2). » Mais d'autres auteurs en plus grand nombre avaient adopté l'opinion contraire et décidaient que les veuves et héritiers des commerçants devaient être assignés devant les juges consuls, bien qu'ils ne fussent pas commerçants eux-mêmes, par ce motif que la juridiction était déterminée dans ce cas, non par la qualité de la personne, mais par la nature de l'engagement (3). C'est aussi en ce dernier sens que se sont prononcés plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rendus sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Je me bornerai à citer un arrêt du 20 frimaire an XI (4), dont les motifs expliquent la cause de cette divergence entre les anciens auteurs, et de l'erreur dans laquelle étaient tombés Bornier et ses adhérents... « Attendu, porte cet arrêt, que si quelques commentateurs semblent avoir émis une opinion différente en se fondant sur ces expressions de l'édit du mois de novembre 1563 : « Connaîtront lesdits juges et consuls, de tous procès et différends qui seront « ci-après mus entre marchands pour fait des marchandises, « seulement, leurs veuves, marchandes publiques, etc. », il paraît que cette opinion a pour base l'absence du signe disjonctif entre les mots : *leurs veuves*, et ceux *marchandes publiques*; signe qui manque en effet dans quelques éditions modernes de l'édit, quoiqu'il se trouve dans les plus anciens et les plus authentiques exemplaires de cette loi; mais qu'au surplus les doutes mêmes qui pouvaient naître de l'édit de 1563 doivent s'évanouir à la lecture de l'article 16 de l'or-

(1) Sur l'art. 16 de l'ordonnance.

(2) Dans le même sens, voy. Belordeau, en ses *Observations*, art. 14.

(3) Toubeau, t. I, p. 362; Chenu, *Recueil de règlements*, t. I, p. 362; Jousse, sur l'art. 16 de l'ordonnance; Savary, t. II, p. 66.

(4) S., 2, 1, 36.

donnance de 1673, dont la disposition est précise et ne présente aucune ambiguïté... (1).

La question ne s'est plus présentée sous le Code de procédure rédigé dans des termes fort analogues à ceux de l'ordonnance de 1673. Et elle ne pouvait pas se présenter avec quelques chances de succès, car le silence de la loi sur le point de savoir si les héritiers des justiciables des tribunaux de commerce peuvent être traduits devant ces tribunaux, bien qu'ils ne soient pas commerçants, est très-significatif. Il laisse les choses sous l'empire du droit commun, et le droit commun veut que les héritiers qui représentent le défunt soient tenus de procéder là où il aurait procédé lui-même.

Straccha est, il est vrai, d'une opinion contraire. Il distingue le cas où le statut local, la loi municipale (*lex municipalis*), a établi des tribunaux consulaires ou de commerce, du cas où des consuls ont été établis par les commerçants eux-mêmes; dans le premier cas, il décide que les héritiers des commerçants ne peuvent être tenus de procéder devant les juges consuls, si eux-mêmes ne sont pas commerçants; dans le second cas, au contraire, il admet d'une manière générale que les héritiers sont justiciables de ces magistrats. Il pose ainsi la question d'après un autre jurisconsulte plus ancien : *Lege municipali consulibus in causis mercatorum jurisdictio tribuitur : nùm ad hæredes mercatorum, qui tamen mercatores non sint, porrigenda? Et ait referendam non esse, et consequenter consules hæredum mercatorum judices non esse, hæreditatemque negotiatricem et in hoc exercitio mercaturæ esse dici rectè non posse, cùm sit res incorporalis... Nec refert quod dicitur hæreditatem in multis partibus juris pro defuncto haberi, quoniam illud ex fictione est introductum, ad quam lex municipalis non refertur... Quæ sententia vera est*, ajoute Straccha, *si lege municipali quam sibi civitas aliqua constituisset caveretur. At si mercatorum lege et quam ipsi sibi mercatores constituissent in suprà scripta verba decretum esset, dici fortè posset et non incoloratè hæredem mercatoris coràm consulibus conveniri posse ex*

(1) Voy. t. I, n. 72.

negotio mercaturæ quod defunctus, dùm vixit, gessit et administravit : movet quod non semel diximus, hâc eâdem parte statuta mercatorum pacta et conventiones dici, et propterea et mercatores et mercatorum hæredes hoc jure uti obstrictos esse (1).

Si cette distinction devait être suivie, il en résulterait qu'aujourd'hui la loi qui attribue compétence aux tribunaux de commerce sur les héritiers des commerçants, devrait s'entendre du cas seulement où les héritiers sont eux-mêmes commerçants, puisque c'est là une loi générale que Straccha aurait appelée une loi municipale, et non pas un statut fait et arrêté par les marchands, une convention opposable à leurs héritiers. Mais cette opinion de Straccha et de ses devanciers repose sur une erreur qui leur a fait attribuer à la compétence des juges consuls, un caractère personnel, tandis qu'elle a un caractère purement réel. C'est l'obligation qui, par son caractère commercial, entraîne les héritiers devant la juridiction consulaire; leur qualité personnelle devient dès lors complétement indifférente; et il importe peu de savoir jusqu'à quel point ils représentent le défunt dans un cas où il ne s'agit pas d'un droit ou d'une obligation exclusivement attachés à sa personne.

1356. Aux termes de l'article 426 du Code de procédure, les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y doivent être assignés, soit en reprise d'instance, soit par action nouvelle; c'est-à-dire que, soit qu'il y ait eu une demande antérieure formée contre le défunt et une instance introduite contre lui, soit qu'aucune demande n'ait été formée avant son décès, la veuve et les héritiers peuvent être assignés de la même manière, dans un cas comme dans l'autre. C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de Paris, le 16 mars 1812 (2), que les mots *action nouvelle* dont se sert l'article 426, sont synonymes des mots *action principale* et ne supposent nullement que, pour établir la compétence consulaire contre les veuves et héritiers, il faille qu'il ait déjà été intenté une action contre le défunt.

(1) *Quomodò in causis mercatorum procedendum sit, ult. part.*, n. 44.
(2) S., 4, 2, 62.

1357. Mais la compétence reconnue aux tribunaux de commerce sur les veuves et héritiers des commerçants ne modifie point les règles ordinaires sur la compétence de ces tribunaux. Ainsi, de ce que les veuves et héritiers des commerçants doivent être assignés, par action nouvelle, devant les tribunaux de commerce, on ne saurait en conclure que cette action nouvelle puisse être formée contre eux quand le tribunal de commerce a épuisé sa compétence contre le défunt, et par exemple, qu'on puisse les assigner devant le tribunal de commerce, pour voir ordonner contre eux l'exécution d'un jugement rendu par ce tribunal contre le défunt lui-même, puisqu'il est de règle que les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître de l'exécution de leurs jugements (1). C'est une prétention de ce genre que repousse un arrêt de la Cour de cassation du 3 brumaire an XII (2), par ce motif que les tribunaux de commerce ne sont compétents vis-à-vis des veuves et des héritiers, qu'autant que le défunt qu'ils représentent pourrait lui-même y être appelé, et que, lorsque le défunt a déjà été condamné, la demande formée contre les héritiers afin d'exécution du jugement, n'est plus qu'un acte d'exécution dont la connaissance appartient nécessairement aux tribunaux ordinaires.

1358. Les héritiers étant assignés comme représentants du défunt dont ils continuent la personne, il en résulte qu'ils sont justiciables du tribunal de commerce dont le défunt était lui-même justiciable, et non du tribunal de commerce de leur domicile. C'est ce qu'on doit conclure de ces mots de l'article 226 du Code de procédure : « Les veuves et héritiers des « justiciables des tribunaux de commerce y seront assignés « en reprise d'instance ou par action nouvelle; » expressions qui ne peuvent s'entendre que du tribunal même dont le défunt était justiciable, puisqu'elles placent sur la même ligne l'action nouvelle et la reprise d'instance qui n'a lieu que devant un tribunal déjà saisi : ce qui démontre que dans l'es-

(1) C. proc., art. 422.
(2) S., 1, 1, 877.

prit de la disposition il s'agit du tribunal qui aurait dû connaître de l'affaire si le défunt avait survécu (1).

1359. On décidait communément, dans l'ancien droit, que si l'héritier d'un marchand était engagé dans les ordres ecclésiastiques, il n'était pas tenu de subir la juridiction des consuls : c'était par suite d'un privilége de cléricature (2) que la succession aux biens d'un laïque ne pouvait pas lui faire perdre (3) : *nec enim privilegium fori perdit clericus, si laico succedat, ut ex personâ laici conveniri possit, quià concessum est privilegium favore publico et ratione totius clericalis ordinis* (4). Mais aujourd'hui les règles de notre droit public n'admettent pas de semblables priviléges. Il n'y a qu'une loi pour tous, et les juges institués par cette loi étendent leur juridiction sur tous les citoyens, quelle que soit d'ailleurs leur qualité ou leur état.

1360. Si le défunt a fait un compromis pour constituer des arbitres, cet arbitrage qui est une dérogation aux lois ordinaires de la compétence, qui soustrait les parties à leurs juges naturels, lie sans doute les héritiers majeurs, parce que leur auteur a pu renoncer pour eux à des garanties auxquelles ils auraient pu eux-mêmes renoncer; mais il n'est pas opposable aux héritiers mineurs, desquels une pareille renonciation ne pourrait directement émaner (5).

1361. Il est à remarquer, à l'égard du compromis qui passe du défunt à ses héritiers, qu'il constitue pour ceux-ci une obligation indivisible; de telle sorte que si le défunt avait fait un compromis qui ne contiendrait pas nomination des arbitres, mais seulement obligation d'en nommer dans un certain délai, faute de quoi les arbitres seraient nommés par le tribunal, l'appel interjeté par l'un des héritiers du jugement qui a fait cette nomination, profiterait à ses cohéritiers comme rendu en matière indivisible (6).

(1) Liége, 11 avril, 1821, S., 6, 2, 401.
(2) Héricourt, *Lois ecclésiast.*, 1re part., ch. XIX, n. 8.
(3) Bornier, sur l'art. 16 de l'ordonn.
(4) Straccha, *Quomodo in causis mercat., ult. part.*, n. 45.
(5) Cass, 28 janv. 1839, S., 39, 1, 113.
(6) Bordeaux, 4 avril 1829, S., 9, 2, 244 ; D., 29, 2, 216.

1362. Si la manière de procéder est la même contre les héritiers que contre leur auteur, il en est autrement du mode d'exécution; et spécialement la contrainte par corps, avant sa suppression, ne pouvait jamais être prononcée contre les héritiers non commerçants des justiciables des tribunaux de commerce. Ils ne pouvaient jamais être contraints que sur leurs biens. La raison de cette différence entre le mode de procéder et le mode d'exécuter tient à ce que le mode de procéder est une conséquence de la nature de l'affaire, tandis que la contrainte par corps est le résultat d'une convention par laquelle le débiteur a donné ou est présumé avoir donné sa personne même en gage, convention qui cesse d'être exécutable dès que la personne a disparu. C'est là une obligation exclusivement attachée à la personne de l'obligé, complétement étrangère aux biens, et, pour me servir d'une expression de Domat, ce n'est pas un droit ayant affectation sur l'hérédité (1). *Quando debitor obligavit personam et bona sua*, dit Peckius (2), *ratione hujus obligationis hæres capi non potest, licet debitor potuisset, tum quià conventio est merè personalis, quæ ad aliam personam non transit, sicut etiam non transit privilegium personale; tum quià hæres ad hoc non fuit obligatus, nec potuit defunctus hæredem qui non contraxit ad arrestum, et sic per consequens ad carcerem, nisi solvat aut caveat obligare; sed illa obligatio censetur extincta per mortem debitoris quoad hæredes*. Peckius, et les auteurs qu'il cite, distinguent, il est vrai, entre le cas où la contrainte résulte d'une obligation expresse, et celui où elle résulte de la volonté même de la loi, pour faire prévaloir, dans ce dernier cas, la règle générale qui considère l'héritier comme la continuation de la personne du défunt : *Ex differentiâ quando lex vel ordinatio concedit jus capiendi debitorem; tunc etiam hæres detineri et capi posset, quia debitor est et quia lex semper loquitur*. Mais il est évident que cette distinction, qui n'était pas admissible depuis que la contrainte par corps ne peut être stipulée, et n'a lieu que par la volonté de la loi, ne serait pas fondée, en elle-même, puisque, soit

(1) *Lois civ.*, liv. I, tit. I, sect. IX, n. 1.
(2) *De jure sistendi*, cap. x.

que le débiteur stipule, soit que la loi stipule pour lui, il contracte toujours une obligation purement personnelle, *merè personalis*, qui ne passe pas à ses héritiers.

Aussi de tout temps en France on a décidé que les héritiers des commerçants ne pouvaient être soumis à la contrainte par corps à laquelle étaient soumis leurs auteurs. Le compilateur des lois, ordonnances et priviléges des foires de Brie, Champagne et Toulouse, dit en termes exprès que les prieurs et consuls de ces foires ne peuvent décerner arrêt de prise de corps contre les héritiers de ceux qui sont sujets à leur juridiction, suivant l'arrêt de vérification des lettres d'érection du 8 mars 1531, qui, se fondant tant sur la commune disposition du droit que sur les ordonnances royales, n'enregistra ces lettres-patentes qu'en exprimant que la contrainte par corps n'aurait pas lieu contre les héritiers. Un arrêt du Conseil du 15 septembre 1542, rendu entre le conservateur des priviléges des foires de Lyon et le syndic de la province de Languedoc, dit bien que le créancier aura semblable contrainte contre l'héritier que contre le défunt; mais il ajoute *sur les biens, et non capture de la personne*. Enfin les priviléges des foires de Lyon n'ont été enregistrés au parlement de Bretagne, le 21 avril 1561, qu'à condition qu'il n'y aurait aucune contrainte par corps contre les héritiers des marchands fréquentant lesdites foires (1). Les lois générales se sont conformées à ces précédents. L'article 12 de l'édit du mois de novembre 1563, portant établissement des consuls, déclare expressément que les exécutions commencées contre les condamnés seront parachevées contre leurs héritiers sur *leurs biens seulement;* un règlement du 3 janvier 1613, fait pour les juges et consuls de Paris, complète cette disposition en ajoutant « que le greffier ne pourra signer aucune sentence contre les veuves ou héritiers d'un débiteur, où il y ait contrainte par corps, mais pour être exécutée sur les biens seulement (2) ; » et toutes ces anciennes dispositions ont été depuis remplacées par l'article 2 de la loi du 17 avril 1832,

(1) Toubeau, t. I, p. 365.

(2) Bornier, sur l'article 16 de l'ordonnance ; Jousse, sur ce même article.

aux termes duquel les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce assignés en reprise d'instance ou par action nouvelle, en raison de leur qualité, ne sont pas soumis à la contrainte par corps (1).

Cependant, il y a eu des exemples de législations qui ont ermis d'emprisonner l'héritier du débiteur commerçant. Tel était l'ancien statut de Florence. Mais, sous l'empire de ce statut, on décidait qu'il n'était applicable qu'aux héritiers majeurs, et jamais aux héritiers mineurs. *Statutum florentinum*, dit Ansaldus (2), *quod et si generaliter et universaliter præcipiat capi posse etiam hæredem debitoris, tamen quia constitutio hæc est odiosa, restringenda est secundum regulam juris communis, et per consequens, non habet locum in hærede minore.*

1363. Quant aux délais ou aux déchéances qui couraient contre le défunt, ils courent aussi contre ses héritiers, sauf l'application des règles particulières aux reprises d'instances (3). Les héritiers sont donc soumis aux mêmes prescriptions que leur auteur; et ces prescriptions ne sont pas suspendues pendant le temps qui leur est donné pour faire inventaire et délibérer à l'effet d'accepter ou de répudier la succession (4), par le motif que les actes nécessaires pour interrompre la prescription sont des actes conservatoires que l'héritier peut faire sans s'exposer à prendre qualité, et qu'il est par conséquent de son devoir de faire dans l'intérêt de la succession (5). C'est là une règle générale qui s'applique à tous les cas, à tous les actes et à tous les délais. Elle s'applique, par conséquent, aux très-courts délais impartis pour la poursuite des souscripteurs ou endosseurs d'une lettre de change. C'est l'opinion d'Heineccius : *Quæritur an et adversus hæredes illa rigida persecutio cambialis competat ? id quod affirmant leges cambiales, adeo ut ne spatium quidem deliberandi hæredibus indulgeant* (6).

(1) Bruxelles, 13 janv. 1813, S., 4, 2, 236.
(2) *Disc.* 33, n. 45.
(3) C. proc., 342 et suiv.
(4) C. civ., 795, 2259.
(5) Pothier, *Des oblig.*, n. 650 ; M. Troplong, *De la prescription*, n. 808.
(6) *Elem. jur. camb.*, cap. v, § 11.

1364. C'est une question que de savoir, quand les héritiers sont mineurs, si les règles qui précèdent sur la prescription leur sont applicables. Aux termes de l'article 2252 du Code civil, la prescription ne court pas contre les mineurs ; tel est le principe applicable en matière commerciale comme en matière civile. Mais ce même article et l'article 2278 exceptent certaines prescriptions, notamment les courtes prescriptions de six mois, un an, et cinq ans, dans les cas prévus par les articles 2271 et 2277 ; ces prescriptions courent contre les héritiers mineurs comme elles couraient contre leur auteur défunt. Il n'y a pas de difficulté tant qu'on reste dans les termes du Code civil, c'est-à-dire tant qu'il s'agit des prescriptions établies par les articles précités de ce Code (1). La difficulté commence lorsqu'il s'agit des prescriptions particulières établies par le Code de commerce, telles que la prescription de cinq ans établie par l'article 189 du Code de commerce, en matière de lettres de change ; par l'article 64 du même Code, en matière de société, contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers ou ayants cause ; et par l'article 432 pour les actions résultant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance ; telles que la prescription d'un an établie par l'article 433 pour les actions résultant d'un contrat de louage maritime. On peut se demander alors si ces prescriptions sont soumises à la règle générale de l'article 2252 du Code civil, qui suspend à l'égard des mineurs le cours de la prescription ; ou si, au contraire, elles sont soumises à la règle exceptionnelle de ce même article et de l'article 2278 qui fait courir les prescriptions courtes même contre les mineurs.

Cette question a été soulevée lors de la discussion du Code de commerce, à l'occasion de l'article 64 relatif à la prescription de cinq ans, en matière de société. M. Réal demanda si cette prescription courrait contre les mineurs, et M. Cambacérès répondit que, de droit commun, la prescription était suspendue pendant la minorité : *contra valentem agere non currit præscriptio;* mais qu'il faudrait que la rédaction fît

(1) M. Marcadé, sur l'art. 2278.

apercevoir ce principe. Cette conversation en resta là, et l'article 64 du Code de commerce fut rédigé tel qu'il avait été proposé (1).

De là M. Locré conclut que la prescription de cinq ans ne court pas contre les mineurs (2); mais cette conclusion me semble loin d'être justifiée par les paroles échangées entre deux membres du conseil d'État : ces paroles sont sans doute la manifestation d'un vœu; mais comme elles sont restées sans écho et que rien ne leur répond dans la rédaction définitive, on ne peut y trouver la preuve que ce vœu ait été entendu et exaucé.

Dans mon opinion, au contraire, on doit tirer une tout autre conclusion des dispositions législatives qui régissent la matière.

Rappelons d'abord les termes de l'article 2252 du Code civil : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Comme on le voit, cet article fait exception à la règle générale pour deux sortes d'hypothèses, d'abord pour les prescriptions mentionnées en l'article 2278, c'est-à-dire, comme je l'ai expliqué, pour les prescriptions de six mois, un an et cinq ans, établies par les articles 2271 et 2277, composant la section IV du chapitre V du titre *Des prescriptions;* ensuite, pour toutes les prescriptions à l'égard desquelles cette exception résulte d'une disposition particulière. Or si l'on réfléchit que les prescriptions d'un an et de cinq ans, établies par les articles précités du Code de commerce, sont de la même nature que celles pour lesquelles les articles 2252 et 2278 font exception à la règle générale qui suspend le cours de la prescription pendant la minorité; que les inconvénients qui ont fait rejeter cette suspension en matière civile seraient les mêmes, avec encore plus de gravité en matière commerciale, on est assurément porté à en conclure que les prescriptions courtes établies par le Code de commerce

(1) *Procès-verbaux*, t. I, p. 332, n. 12.
(2) Sur l'art. 64, n. 2.

doivent être soumises à la même règle que les prescriptions courtes établies par le Code civil. Sans doute, comme il s'agit d'une exception au droit commun qui ne peut être étendue, cette assimilation ne suffirait pas pour autoriser l'application de cette exception à un cas autre que ceux pour lesquels elle est spécialement faite. Mais il est permis logiquement de penser que l'esprit qui inspirait les rédacteurs du Code civil n'a pas fait défaut aux rédacteurs du Code de commerce ; que ceux-ci n'ont pas fermé les yeux aux inconvénients qui avaient frappé ceux-là ; et, par conséquent, on doit, dans l'interprétation des dispositions du Code de commerce, admettre plus facilement celle qui conduit à un résultat conforme aux règles admises par le droit civil, que celle qui, en les contrariant, contrarierait en même temps toutes les règles de la logique et du raisonnement.

Cela posé, si l'on examine les divers articles du Code de commerce relatifs aux prescriptions, on reconnaît aussitôt qu'ils emploient la même formule : *toutes actions* contre les associés, dit l'article 64 ; *toutes actions* en matière de lettre de change, dit l'article 189 ; *toutes actions* dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, dit l'article 432 ; *toutes actions* en payement pour le fret d'un navire, etc., dit l'article 433. Ces mots *toutes actions* sont fort généraux, et ne permettent pas de distinguer entre les actions intéressant les majeurs et celles intéressant les mineurs, puisqu'alors les dispositions des articles précités ne s'appliqueraient plus à *toutes actions*. Ils posent donc pour les matières commerciales un principe particulier dérogeant au principe général qui suspend la prescription contre les héritiers mineurs, et qui rentre dans l'exception même admise par l'article 2252 du Code civil pour tous les cas déterminés par la loi. Il y a là en effet une détermination formelle et suffisamment claire pour qui sait la comprendre. C'est ce que reconnaît M. Locré, qui oublie, en parlant de l'article 188, ce qu'il avait dit en parlant de l'article 64. « Ces mots *toutes actions*, dit-il, qui excluent toute exception quelle qu'elle soit, font aussi courir la prescription contre les mineurs non marchands et contre les interdits, conformément

apercevoir ce principe. Cette conversation en resta là, et l'article 64 du Code de commerce fut rédigé tel qu'il avait été proposé (1).

De là M. Locré conclut que la prescription de cinq ans ne court pas contre les mineurs (2); mais cette conclusion me semble loin d'être justifiée par les paroles échangées entre deux membres du conseil d'État : ces paroles sont sans doute la manifestation d'un vœu; mais comme elles sont restées sans écho et que rien ne leur répond dans la rédaction définitive, on ne peut y trouver la preuve que ce vœu ait été entendu et exaucé.

Dans mon opinion, au contraire, on doit tirer une tout autre conclusion des dispositions législatives qui régissent la matière.

Rappelons d'abord les termes de l'article 2252 du Code civil : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Comme on le voit, cet article fait exception à la règle générale pour deux sortes d'hypothèses, d'abord pour les prescriptions mentionnées en l'article 2278, c'est-à-dire, comme je l'ai expliqué, pour les prescriptions de six mois, un an et cinq ans, établies par les articles 2271 et 2277, composant la section IV du chapitre V du titre *Des prescriptions;* ensuite, pour toutes les prescriptions à l'égard desquelles cette exception résulte d'une disposition particulière. Or si l'on réfléchit que les prescriptions d'un an et de cinq ans, établies par les articles précités du Code de commerce, sont de la même nature que celles pour lesquelles les articles 2252 et 2278 font exception à la règle générale qui suspend le cours de la prescription pendant la minorité; que les inconvénients qui ont fait rejeter cette suspension en matière civile seraient les mêmes, avec encore plus de gravité en matière commerciale, on est assurément porté à en conclure que les prescriptions courtes établies par le Code de commerce

(1) *Procès-verbaux*, t. I, p. 332, n. 42.
(2) Sur l'art. 64, n. 2.

doivent être soumises à la même règle que les prescriptions courtes établies par le Code civil. Sans doute, comme il s'agit d'une exception au droit commun qui ne peut être étendue, cette assimilation ne suffirait pas pour autoriser l'application de cette exception à un cas autre que ceux pour lesquels elle est spécialement faite. Mais il est permis logiquement de penser que l'esprit qui inspirait les rédacteurs du Code civil n'a pas fait défaut aux rédacteurs du Code de commerce; que ceux-ci n'ont pas fermé les yeux aux inconvénients qui avaient frappé ceux-là; et, par conséquent, on doit, dans l'interprétation des dispositions du Code de commerce, admettre plus facilement celle qui conduit à un résultat conforme aux règles admises par le droit civil, que celle qui, en les contrariant, contrarierait en même temps toutes les règles de la logique et du raisonnement.

Cela posé, si l'on examine les divers articles du Code de commerce relatifs aux prescriptions, on reconnaît aussitôt qu'ils emploient la même formule : *toutes actions* contre les associés, dit l'article 64; *toutes actions* en matière de lettre de change, dit l'article 189; *toutes actions* dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, dit l'article 432; *toutes actions* en payement pour le fret d'un navire, etc., dit l'article 433. Ces mots *toutes actions* sont fort généraux, et ne permettent pas de distinguer entre les actions intéressant les majeurs et celles intéressant les mineurs, puisqu'alors les dispositions des articles précités ne s'appliqueraient plus à *toutes actions*. Ils posent donc pour les matières commerciales un principe particulier dérogeant au principe général qui suspend la prescription contre les héritiers mineurs, et qui rentre dans l'exception même admise par l'article 2252 du Code civil pour tous les cas déterminés par la loi. Il y a là en effet une détermination formelle et suffisamment claire pour qui sait la comprendre. C'est ce que reconnaît M. Locré, qui oublie, en parlant de l'article 188, ce qu'il avait dit en parlant de l'article 64. « Ces mots *toutes actions*, dit-il, qui excluent toute exception quelle qu'elle soit, font aussi courir la prescription contre les mineurs non marchands et contre les interdits, conformément

apercevoir ce principe. Cette conversation en resta là, et l'article 64 du Code de commerce fut rédigé tel qu'il avait été proposé (1).

De là M. Locré conclut que la prescription de cinq ans ne court pas contre les mineurs (2); mais cette conclusion me semble loin d'être justifiée par les paroles échangées entre deux membres du conseil d'État : ces paroles sont sans doute la manifestation d'un vœu; mais comme elles sont restées sans écho et que rien ne leur répond dans la rédaction définitive, on ne peut y trouver la preuve que ce vœu ait été entendu et exaucé.

Dans mon opinion, au contraire, on doit tirer une tout autre conclusion des dispositions législatives qui régissent la matière.

Rappelons d'abord les termes de l'article 2252 du Code civil : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Comme on le voit, cet article fait exception à la règle générale pour deux sortes d'hypothèses, d'abord pour les prescriptions mentionnées en l'article 2278, c'est-à-dire, comme je l'ai expliqué, pour les prescriptions de six mois, un an et cinq ans, établies par les articles 2271 et 2277, composant la section IV du chapitre V du titre *Des prescriptions;* ensuite, pour toutes les prescriptions à l'égard desquelles cette exception résulte d'une disposition particulière. Or si l'on réfléchit que les prescriptions d'un an et de cinq ans, établies par les articles précités du Code de commerce, sont de la même nature que celles pour lesquelles les articles 2252 et 2278 font exception à la règle générale qui suspend le cours de la prescription pendant la minorité; que les inconvénients qui ont fait rejeter cette suspension en matière civile seraient les mêmes, avec encore plus de gravité en matière commerciale, on est assurément porté à en conclure que les prescriptions courtes établies par le Code de commerce

(1) *Procès-verbaux*, t. I, p. 332, n. 12.
(2) Sur l'art. 64, n. 2.

doivent être soumises à la même règle que les prescriptions courtes établies par le Code civil. Sans doute, comme il s'agit d'une exception au droit commun qui ne peut être étendue, cette assimilation ne suffirait pas pour autoriser l'application de cette exception à un cas autre que ceux pour lesquels elle est spécialement faite. Mais il est permis logiquement de penser que l'esprit qui inspirait les rédacteurs du Code civil n'a pas fait défaut aux rédacteurs du Code de commerce; que ceux-ci n'ont pas fermé les yeux aux inconvénients qui avaient frappé ceux-là; et, par conséquent, on doit, dans l'interprétation des dispositions du Code de commerce, admettre plus facilement celle qui conduit à un résultat conforme aux règles admises par le droit civil, que celle qui, en les contrariant, contrarierait en même temps toutes les règles de la logique et du raisonnement.

Cela posé, si l'on examine les divers articles du Code de commerce relatifs aux prescriptions, on reconnaît aussitôt qu'ils emploient la même formule : *toutes actions* contre les associés, dit l'article 64; *toutes actions* en matière de lettre de change, dit l'article 189; *toutes actions* dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, dit l'article 432; *toutes actions* en payement pour le fret d'un navire, etc., dit l'article 433. Ces mots *toutes actions* sont fort généraux, et ne permettent pas de distinguer entre les actions intéressant les majeurs et celles intéressant les mineurs, puisqu'alors les dispositions des articles précités ne s'appliqueraient plus à *toutes actions*. Ils posent donc pour les matières commerciales un principe particulier dérogeant au principe général qui suspend la prescription contre les héritiers mineurs, et qui rentre dans l'exception même admise par l'article 2252 du Code civil pour tous les cas déterminés par la loi. Il y a là en effet une détermination formelle et suffisamment claire pour qui sait la comprendre. C'est ce que reconnaît M. Locré, qui oublie, en parlant de l'article 188, ce qu'il avait dit en parlant de l'article 64. « Ces mots *toutes actions*, dit-il, qui excluent toute exception quelle qu'elle soit, font aussi courir la prescription contre les mineurs non marchands et contre les interdits, conformément

à l'ordonnance de 1673 (1); il ne faut pas, parce qu'une lettre de change ou un billet à ordre tombe par succession ou autrement entre les mains d'un incapable, que toutes les opérations commerciales dont cet effet a été ou est encore l'instrument soient suspendues. C'est ainsi que le Code civil, qui établit la règle générale que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, fait cependant cesser cette règle à l'égard des actions dont la durée ne peut se prolonger sans inconvénients. Il n'est donc plus d'action résultant soit d'une lettre de change, soit d'un billet à ordre, quand il est effet de commerce, qui ne tombe sous la prescription quinquennale. »

Telle est aussi l'opinion de M. Pardessus (2); mais cet auteur raisonne de manière à en compromettre le succès. En effet, tout en reconnaissant la généralité de ces mots *toutes actions*, il trouve que cette locution n'équivaut pas à une disposition formelle soumettant les mineurs aux effets de la prescription ; il s'attache dès lors à prouver que l'on ne saurait conclure du *silence* du Code qu'il faille appliquer, dans les cas dont il s'agit, la règle qui met le mineur à l'abri de la prescription ; et il se fonde soit sur l'article 2278 du Code civil, soit surtout sur l'article 1107 du même Code, aux termes duquel les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. Veut-il dire par là que l'article 2252 n'est pas applicable en matière commerciale, et qu'il n'est pas dès lors nécessaire que le Code de commerce y ait dérogé d'une manière expresse ? Ce serait soustraire les matières commerciales aux principes généraux du droit qui les régissent, dans tous les cas où il n'y est pas dérogé soit par la convention, soit par une loi particulière (3) : ce que M. Pardessus reconnaît lui-même en invoquant l'article 2278. Veut-il dire que les lois commerciales peuvent déroger aux lois civiles ? Mais c'est là

(1) Dont la disposition était plus précise que celle de l'art. 189 et de ses analogues.

(2) *Traité des lettres de change*, n. 331.

(3) Voy. *sup.*, n. 83, et *inf.* liv. V, tit. I, ch. 1, sect. II.

une vérité triviale qu'il était d'autant moins nécessaire de rappeler ici que, suivant M. Pardessus, le Code de commerce ne contient aucune disposition formelle qui déroge au principe général de l'article 2252. Ce raisonnement, loin d'être concluant, pourrait donc se retourner contre l'opinion à laquelle se range en définitive M. Pardessus. Son vice provient d'une erreur dans laquelle sont fréquemment tombés la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit commercial, qui consiste à soustraire avec beaucoup trop de facilité les matières commerciales à l'influence et à l'empire du droit civil. Quand on a cité un article du Code civil qui rappelle d'une manière générale et plus ou moins vague l'autorité des lois ou des usages commerciaux, on croit avoir tout dit, et que cela suffit pour écarter les règles du droit civil dont l'application embarrasse. On se trompe : sans doute les lois commerciales peuvent déroger aux lois civiles ; mais quand il s'agit d'un principe du droit commun, tel que celui qui suspend la prescription contre les mineurs, il faut une dérogation expresse et formelle, pour que le principe général cesse d'être applicable. Cette dérogation résulte-t-elle ici des termes mêmes du Code de commerce? Voilà ce qu'il s'agissait de prouver, et ce que je crois avoir établi (1). Hors de là, on tourne dans un cercle vicieux, on se perd dans le domaine des conjectures, et la science, qui ne marche qu'appuyée sur la certitude, reste stationnaire.

1365. Chaque cohéritier est tenu des dettes et charges qui grèvent l'hérédité dans la proportion de sa part héréditaire (2), à moins que la dette ne soit indivisible (3).

Quant aux dettes desquelles le défunt était tenu solidairement, sa succession en est tenue de la même manière, mais elles se divisent entre tous les cohéritiers : la solidarité qui

(1) M. Merlin, *Répert.*, *add.*, t. XVII, p. 589 ; M. Troplong, *De la prescript.*, t. II, n. 1038; Paris, 23 avril 1836, S., 36, 2, 258. — Voy. *sup.*, n. 1086.

(2) C. civ., 873.

(3) C. civ., 1221, 1222 : *Hæredes tenentur in solidum pro omnibus obligationibus defuncti naturam individui habentibus.* Casaregis, *disc.* 83, n. 3 et 10.

apercevoir ce principe. Cette conversation en resta là, et l'article 64 du Code de commerce fut rédigé tel qu'il avait été proposé (1).

De là M. Locré conclut que la prescription de cinq ans ne court pas contre les mineurs (2); mais cette conclusion me semble loin d'être justifiée par les paroles échangées entre deux membres du conseil d'État : ces paroles sont sans doute la manifestation d'un vœu; mais comme elles sont restées sans écho et que rien ne leur répond dans la rédaction définitive, on ne peut y trouver la preuve que ce vœu ait été entendu et exaucé.

Dans mon opinion, au contraire, on doit tirer une tout autre conclusion des dispositions législatives qui régissent la matière.

Rappelons d'abord les termes de l'article 2252 du Code civil : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Comme on le voit, cet article fait exception à la règle générale pour deux sortes d'hypothèses, d'abord pour les prescriptions mentionnées en l'article 2278, c'est-à-dire, comme je l'ai expliqué, pour les prescriptions de six mois, un an et cinq ans, établies par les articles 2271 et 2277, composant la section IV du chapitre v du titre *Des prescriptions;* ensuite, pour toutes les prescriptions à l'égard desquelles cette exception résulte d'une disposition particulière. Or si l'on réfléchit que les prescriptions d'un an et de cinq ans, établies par les articles précités du Code de commerce, sont de la même nature que celles pour lesquelles les articles 2252 et 2278 font exception à la règle générale qui suspend le cours de la prescription pendant la minorité; que les inconvénients qui ont fait rejeter cette suspension en matière civile seraient les mêmes, avec encore plus de gravité en matière commerciale, on est assurément porté à en conclure que les prescriptions courtes établies par le Code de commerce

(1) *Procès-verbaux*, t. I, p. 332, n. 12.
(2) Sur l'art. 64, n. 2.

chaque instant suivant l'état de sa fortune. » Ces quelques paroles de l'auteur de l'*Esprit des lois* suffisent pour montrer le vice de ces tentatives dont le résultat peut être, en certains cas, de porter atteinte au crédit qu'elles se proposent de maintenir.

Il est à remarquer d'ailleurs que, lorsqu'un héritier assigné devant un tribunal de commerce, comme obligé pour le défunt, oppose sa renonciation, et qu'elle est contestée, c'est aux tribunaux civils ordinaires qu'il appartient de prononcer sur l'exception. Telle est la disposition expresse de l'article 426 du Code de procédure. Toutefois, il a été jugé avec raison que lorsqu'un fils, assigné comme héritier de son père devant le tribunal de commerce, prétend n'être pas héritier, le tribunal de commerce n'est pas tenu de se déclarer incompétent pour statuer sur l'exception, tant qu'il n'est justifié par le fils d'aucune renonciation à la succession de son père : il n'y a pas là véritable contestation sur les qualités dans le sens de l'article 426 précité (1).

La renonciation ne peut avoir lieu de la part d'un héritier qui a déjà accepté la succession expressément ou tacitement. Et d'un autre côté, l'héritier bénéficiaire qui fait acte d'héritier pur et simple est déchu du bénéfice d'inventaire et devient obligé sur ses biens propres. Il est réputé faire acte d'héritier pur et simple, quand, au lieu de se borner à administrer la succession, il agit comme propriétaire des valeurs héréditaires. Il a été jugé à cet égard que l'héritier bénéficiaire qui dispense du protêt le porteur d'un effet de commerce endossé par son auteur, alors que cette dispense a été donnée avant l'échéance de l'effet et ne constitue pas une renonciation à une déchéance acquise, doit être considéré comme un simple acte d'administration, et non comme un acte d'héritier pur et simple (2).

1367. Ici se terminent les notions relatives à l'application des lois civiles à la personne des commerçants et à la personne de ceux qui ont avec eux des intérêts communs, ou de

(1) S., 9, 1, 321.
(2) Cass., 5 juillet 1843, S., 44, 1, 49.

ceux qui les représentent. Nous avons vu ce qui caractérise le commerçant; quelles personnes peuvent faire le commerce; les règles relatives aux commerçants considérés comme citoyens, soit quant à la nationalité, soit quant au domicile, soit quant au mariage. Nous avons parcouru les dispositions relatives aux différentes incapacités de contracter dans leurs rapports avec le commerce : l'incapacité des mineurs, des interdits, du mort civil, des femmes, des faillis, des juifs. Enfin, nous avons exposé les principes qui dominent les rapports entre conjoints dont l'un est commerçant et les obligations particulières aux héritiers des commerçants.

Maintenant que nous nous sommes rendu compte de la position de ceux qui exercent le commerce, occupons-nous des biens et des choses qui en font l'objet.

LIVRE IV

DU DROIT CIVIL DANS SES RELATIONS AVEC LES CHOSES QUI FONT L'OBJET DU COMMERCE.

SOMMAIRE. — 1368. Objet de ce livre.

1368. La Providence, en donnant à l'homme des besoins, a placé autour de lui les objets propres à les satisfaire, et en lui la capacité de créer de nouveaux objets avec les éléments que la nature a mis à sa disposition. Mais en même temps, en dispersant ses dons à la surface du globe, et en les livrant à l'homme non encore appropriés à son usage, elle lui a imposé l'obligation du travail : appliqué à un certain ordre de choses, ce travail est le commerce.

Je dis : appliqué à un certain ordre de choses, parce que si le travail, appliqué à la production et à l'appropriation de toutes choses à l'usage des hommes, appartient au commerce dans l'acception la plus générale de ce mot, il en est autrement du commerce proprement dit qui n'embrasse pas toutes

les transactions intéressées de la vie humaine, mais seulement quelques-unes de ces transactions (1).

Nous allons donc rechercher ici quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet du commerce, et les règles relatives à la propriété de ces choses. Mais d'abord il est nécessaire d'entrer dans quelques explications sur la distinction des biens en général et les principes qui les régissent.

TITRE I

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

Sommaire. — 1369. Des biens. Biens corporels et incorporels ; meubles et immeubles. Division du Titre I.

1369. Les choses sur lesquelles l'homme a ou peut avoir des droits, et qui peuvent être appropriées à son usage, constituent des *biens*.

Les biens sont *corporels* ou *incorporels :* corporels, quand ils peuvent être perçus par les sens ; incorporels, quand ils ne peuvent être perçus que par l'intelligence.

Les biens corporels sont *meubles* ou *immeubles*. On donne le nom de meubles aux choses qui, comme le nom l'indique, sont susceptibles d'un mouvement propre ou étranger, et le nom d'immeubles à celles qui ne sont susceptibles d'aucun mouvement.

Les biens incorporels, qui n'ont qu'une existence intellectuelle, ne sont par conséquent ni meubles ni immeubles. Mais comme le droit dans lequel ils consistent se rapporte, le plus ordinairement du moins, à un meuble ou à un immeuble, on les considère comme meubles ou comme immeubles, selon que ce droit a pour objet une chose mobilière ou une chose immobilière (2).

Les biens mobiliers corporels ou incorporels peuvent seuls

(1) Voy. t. I, n. 3.
(2) C. civ., 517, 526, 529.

faire l'objet du commerce proprement dit, ce qui n'empêche pas, comme nous le verrons bientôt, que des immeubles ne puissent être engagés dans des spéculations commerciales (1).

Examinons d'abord quelles choses sont meubles ou immeubles : nous verrons ensuite comment ces choses peuvent être l'objet du commerce (2).

CHAPITRE PREMIER

DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES.

SOMMAIRE. — 1370. Tous les biens sont meubles ou immeubles. Des immeubles corporels. — 1371. Des meubles corporels. — 1372. *Quid* des bâtiments sans fondations, et destinés à une courte durée ? — 1373. *Quid* des ustensiles employés à l'exercice d'une industrie ? — 1374... A l'exploitation d'une usine? — 1375... A l'exploitation des forges et des mines? — 1376... A l'exploitation d'un chemin de fer? — 1377. Des navires et autres bâtiments de mer. — 1378. Des immeubles incorporels. — 1379. Des meubles incorporels. Actions sociales. — 1380. Immobilisation de certains meubles incorporels. — 1381. Droits de propriété littéraire et industrielle ; offices ; fonds de commerce.

1370. D'après ce qui précède, et selon une expression qui, si elle manque de justesse, ne manque pas de clarté, tous les biens sont meubles ou immeubles (3), soit qu'il s'agisse de choses corporelles, soit qu'il s'agisse de choses incorporelles.

Appliquons d'abord cette distinction aux choses corporelles.

Les choses corporelles sont immeubles, ou par leur nature ou par leur destination (4).

Les fonds de terre sont immeubles par leur nature; ils sont de tous les biens ceux qui ont, au plus haut degré, le caractère immobilier (5). Il en est de même des bâtiments, et des moulins à vent ou à eau fixés sur piliers et faisant partie du

(1) Voy. *inf.*, n. 1384 et suiv.
(2) C. comm., 631 et suiv.
(3) C. civ., 516.
(4) *Ibid.*, 517.
(5) *Ibid.*, 518.

bâtiment, parce que ces objets ne sont pas susceptibles de mouvement, tant qu'ils conservent leur nature (1). Néanmoins, comme ces objets ne sont immeubles que par leur adhérence et leur incorporation au sol qui les porte, il serait plus exact de dire qu'ils sont immeubles par accession : *quod solo ædificatur solo cedit* (2).

Toutes les choses qui font naturellement partie du fonds de terre, ou qui en sont le produit naturel, sont également immeubles par leur nature.

Tels sont les mines, minières, carrières et les minéraux non encore extraits (3); les récoltes pendantes par racines, et les fruits des arbres non encore recueillis (4); les coupes des bois taillis et futaies non encore abattues (5).

Les immeubles par destination sont les choses originairement mobilières, que le propriétaire d'un fonds y a attachées pour son service ou son exploitation (6).

Tels sont les animaux que le propriétaire d'un fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention; les ustensiles aratoires; les semences données aux fermiers ou colons partiaires; les pigeons des colombiers; les lapins des garennes; les ruches à miel; les poissons des étangs; les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, telles que forges et papeteries mises en mouvement par un moteur naturel (7); les pailles et engrais (8).

On considère encore comme immeubles par destination tous les objets mobiliers que le propriétaire a attachés au

(1) C. civ., 519.
(2) Voy. *inf.*, n. 1372.
(3) Loi du 4 avril 1810, art. 8 et 9.
(4) C. civ., 520.
(5) *Ibid.*, 521.
(6) Peu importe à ce point de vue que le mobilier industriel placé dans une usine y ait été placé par un seul des copropriétaires, mais avec l'approbation des autres. Cass., 15 juin 1867, D., 68, 1, 269.
(7) C. civ., 522, 524.
(8) Voy. *inf.*, n. 1373.

fonds, à perpétuelle demeure, pour son utilité, son agrément ou son ornement (1).

1371. Les meubles corporels sont tous meubles par leur nature; jamais un immeuble ne peut être considéré comme meuble à raison de sa destination, parce que la destination qui d'un meuble peut faire un immeuble en l'immobilisant réellement pour un certain temps, ne peut jamais d'un immeuble faire un meuble parce qu'il n'est pas possible de le mobiliser sans lui faire perdre irrévocablement sa nature.

Toutes les choses qui ne sont pas immeubles sont meubles. Il suit de là que toutes les choses qui par leur adhérence naturelle ou artificielle à un fonds sont immeubles tant que dure cette adhérence, deviennent meubles dès que cette adhérence vient à cesser.

Ainsi, les matériaux qui proviennent de la démolition d'un bâtiment, les minéraux ou les matières extraites des mines et carrières, les fruits recueillis, les arbres abattus, les animaux non attachés à la culture, les instruments aratoires, les ustensiles d'exploitation détachés d'un fonds ou d'une usine, sont meubles après avoir été immeubles.

Il est même à remarquer, relativement aux choses qui, mobilières en elles-mêmes, ne sont considérées comme immeubles qu'à raison de leur état ou de leur destination, qu'on peut dans les contrats les considérer abstraction faite de leur état présent ou de leur destination actuelle, et par conséquent n'y voir que des meubles, eu égard à leur état futur ou à leur destination prochaine. Ainsi, la vente d'une maison pour la démolir constitue une vente mobilière de matériaux; la vente de minéraux non encore extraits, mais destinés à l'être, est également une vente mobilière (2); il en est ainsi de la vente des récoltes sur pied (3), de celle de la superficie d'une forêt (4), en un mot, de celle de tous les objets considérés comme immeubles par destination, lorsqu'elle doit avoir pour résultat

(1) C. civ., 524, 525.

(2) Cass., 29 mars 1816, S., 5, 1, 174.

(3) Cass., 19 vendémiaire an XIV, S., 2, 1, 169; et 8 mars 1820, *ibid.*, 6, 1, 200.

(4) Cass., 21 juin 1820, *ibid.*, 257.

leur séparation de l'immeuble auquel ils sont attachés (1).

1372. Ici se présentent deux questions qui ne sont pas sans importance.

La première est celle de savoir si l'on doit considérer comme immeubles les bâtiments simplement posés sur le sol sans fondations ni pilotis, dont la destination, plus ou moins durable, est d'avoir une existence relativement momentanée. Tels sont les bâtiments élevés pour des fêtes, cérémonies ou solennités publiques; les boutiques des marchands dans une foire, etc. Si ces bâtiments ou constructions sont susceptibles d'être transportés d'un lieu dans un autre, il n'y a pas de question : ils sont meubles. Mais si par l'étendue de leurs proportions ils n'étaient pas susceptibles de transport, devrait-on les considérer comme immeubles? Je ne le pense pas. N'ayant aucune adhérence au sol, qui dès lors ne peut leur communiquer sa nature, on doit les considérer comme un tout qui, composé de parties essentiellement mobilières, ne peut avoir une nature autre que celle de ses parties. Si le tout ne peut être transporté, les parties peuvent l'être, et, destinées à l'être, seront en réalité transportées dans un temps plus ou moins prochain. La solution est évidente dans le cas où il s'agit d'un entrepreneur qui s'engage à élever sur un terrain des constructions avec des matériaux qu'il fournira et qu'il reprendra après un certain temps, lorsque les constructions auront rempli leur objet et seront devenues inutiles. Il n'y a là qu'un contrat de louage d'ouvrage et d'objets mobiliers; et ces constructions, qui n'ont aucune adhérence au sol avec lequel elles ne s'incorporent pas, et dont au contraire elles restent distinctes en fait et en droit, ne peuvent revêtir un caractère immobilier. Il n'en serait pas autrement, si le propriétaire du sol était à la fois le propriétaire des matériaux, parce que, dans ce cas même, les constructions sans fondations ne s'incorporant pas davantage au sol, les parties dont elles se composeraient ne perdraient pas leur caractère immobilier. A plus forte raison en serait-il ainsi, si les constructions se composaient de parties symétriquement disposées, capables

(1) Cass., 25 février 1824, *ibid.*, 7, 1, 403.

de se démonter et de se remonter par pièces et sans démolition proprement dite (1).

1373. La seconde question se rattache comme la première aux effets de la destination de certains objets mobiliers.

Nous avons vu que la loi répute immeubles par destination les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, et les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, telles que forges et papeteries : c'est la disposition de l'article 524 du Code civil (2). De là naît la question de savoir, d'abord, si cette règle s'applique à toutes les exploitations, aux exploitations industrielles ou manufacturières, comme aux exploitations agricoles; ensuite, si elle est applicable à toutes les exploitations connues sous le nom particulier d'usines.

Remarquons d'abord que toutes les machines, tous les ustensiles quels qu'ils soient attachés à perpétuelle demeure au fonds ou aux bâtiments, c'est-à-dire qui y sont scellés en plâtre ou à chaux et à ciment, ou qui ne peuvent en être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés, restent en dehors de la question. Leur adhérence physique à l'immeuble leur donne incontestablement un caractère immobilier (3).

Les machines et ustensiles dont il s'agit ici sont ceux qui, sans avoir perdu physiquement le caractère mobilier qui leur est propre, peuvent cependant être considérés comme immeubles, aux termes de l'article 524 du Code civil, à raison de leur destination à l'exploitation ou au service du fonds sur lequel le propriétaire les a placés, et dont ils sont dès lors l'accessoire. La question consiste donc à savoir quand les objets ainsi placés sur un fonds ou dans des bâtiments sont destinés à leur exploitation; car il résulte des mêmes termes du Code que, si ces objets n'ont pas été placés sur un fonds pour son service et son exploitation, ils n'ont pas reçu une destination immobilière, et conservent légalement la nature de meubles qui leur appartient physiquement.

(1) C. civ., 531. M. Marcadé, sur l'art. 518; M. Demolombe, t. IX, n. 105.
(2) Voy. *sup.*, n. 1370.
(3) C. civ., 524, 525.

Or, quand ces objets sont-ils réputés nécessaires au service ou à l'exploitation du fonds sur lequel ils sont placés? Quand en sont-il réputés l'accessoire? C'est quand ce service ou cette exploitation ayant un but immobilier ou employant des moyens immobiliers, l'exploitation elle-même peut-être considérée comme immobilière. Cela résulte de l'article 524 lui-même sainement entendu, qui, en déclarant immeubles par destination les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes placés sur un fonds pour son service et son exploitation, a eu évidemment en vue une exploitation agricole et conséquemment immobilière. C'est en effet d'une exploitation agricole que l'on peut dire avec vérité que les machines et ustensiles, tels que pressoirs, alambics et autres analogues, sont affectés à l'exploitation du fonds, puisque ces objets sont employés pour la préparation des produits de l'immeuble. Aussi l'orateur du gouvernement et le rapporteur du projet au Tribunat se rencontrent-ils l'un et l'autre pour caractériser la nature d'exploitation dont le Code s'occupe ici (je ne parle pas encore des usines), en appliquant cette disposition de l'art. 524 aux objets qu'un propriétaire place sur son *domaine* (1); expression qui se rapporte à l'industrie agricole, et non à l'industrie manufacturière proprement dite.

Il suit de là que tous les ustensiles employés dans une brasserie, dans une raffinerie, pour la préparation des produits chimiques, conservent leur nature mobilière, bien que placés dans des bâtiments, parce qu'ils n'y sont pas placés pour l'exploitation d'un fonds ou de bâtiments qui par eux-mêmes ne produisent rien. Le contraire a été jugé, il est vrai; mais cette jurisprudence est non moins contraire à la nature des choses qu'aux termes et à l'esprit de l'article 524 du Code civil, parce qu'il n'y a rien d'immobilier dans une industrie qui se met à couvert sous des bâtiments, et qui s'appuie sur le sol, mais qui n'exploite directement ni l'un ni l'autre (2).

(1) M. Treilhard et M. Goupil-Préfein. — Voy. M. Maleville, *Analyse*, t. II, p. 10.

(2) Cass., 4 février 1817, S., 5, 1, 278.

M. Duranton distingue à cet égard entre le cas où les ustensiles ont été placés dans l'immeuble par le propriétaire, et celui où ils y ont été placés par le locataire. Dans ce dernier cas, il les considère comme meubles ; mais, dans le premier cas, il les répute immeubles, tout en reconnaissant qu'ils ont été placés dans le bâtiment, moins pour son service que pour l'exercice de la profession de la personne (1). J'avoue ne pas comprendre comment M. Duranton a pu dans l'hypothèse qui nous occupe voir dans la qualité de la personne qui a placé les ustensiles une raison de distinguer. Sans doute, dans une exploitation agricole, des ustensiles apportés par le fermier ne seront pas réputés immeubles, parce que le fermier les apporte pour son usage personnel, et qu'il ne peut être présumé attacher à un fonds qui ne lui appartient pas, des meubles qui lui appartiennent. Sous ce rapport, la distinction est rationnelle. Mais quand il s'agit d'une exploitation industrielle dans laquelle le fonds et les bâtiments n'entrent que comme accessoires, dans laquelle les ustensiles constituent le principal et, ainsi que le reconnaît M. Duranton lui-même, sont apportés pour l'exercice de la profession de la personne, et non pour le service du bâtiment, peu importe qu'ils soient apportés par le propriétaire ou par le locataire, puisque ni l'un ni l'autre ne les apporte pour le service et l'exploitation du fonds. C'est ce qui résulte *à contrario* de cette règle d'Ulpien : *ea esse ædium solemus dicere quæ pars ædium sunt... vel propter ædes habentur* (2). Or, comme dans l'hypothèse actuelle il s'agit de choses qui ne font pas partie de l'édifice, et qui n'y ont pas été placés pour son usage, il faut décider sans distinction que ces choses sont toujours meubles (3).

(1) Tome IV, n. 64.

(2) L. 13, § *fin. ff.*, *De act. empt.*

(3) Je ne crois même pas qu'il y ait lieu de distinguer avec M. Demolombe, t. IX, n. 259 et suiv. entre le cas où l'immeuble dans lequel s'exerce l'industrie serait le moyen principal de cette industrie, et le cas où il serait un moyen secondaire, c'est-à-dire entre le cas où la destination spéciale du bâtiment serait d'être affecté à une industrie, et le cas où ce bâtiment n'y serait pas spécialement destiné : l'industrie, n'ayant en elle rien d'immobilier, ne change pas de caractère parce qu'elle emploie un instrument immobilier,

On doit en dire autant des presses d'une imprimerie (1). C'est ce qui a été jugé pour les presses de l'imprimerie de Robert Étienne, par un arrêt du 30 juillet 1598, rapporté par tous les commentateurs (2).

C'est par application de ces principes qu'une décision ministérielle du 4 mars 1806 (3) a décidé que les machines, décorations, partitions de musique et autres effets mobiliers d'un théâtre ne sont pas immeubles par destination, dans le sens de l'article 524.

1374. Ces règles s'appliquent-elles aux usines? L'article 524 du Code civil répute immeubles par destination les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines, quand ils y ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds. Il s'agit de rechercher le sens de cette disposition.

On donne le nom d'usine aux grands établissements industriels dont le mécanisme est mis en mouvement par une force étrangère à l'homme, par une force qui trouve son principe hors de lui, tandis que, dans les manufactures ordinaires, la main de l'homme imprime le mouvement, ou du moins est l'accessoire nécessaire du moteur étranger. Les moteurs ordinairement employés dans les usines sont l'eau et la vapeur.

Les usines sont des manufactures dans le sens général du mot, et non des établissements agricoles. Cependant, comme lors de la rédaction du Code le moteur ordinaire était l'eau, que par conséquent les usines étaient placées près des cours d'eau dont elles utilisaient la force motrice, que cette force motrice faisait partie du fonds, et qu'à raison de son emploi elle en

et les instruments mobiliers qu'elle emploie doivent toujours être considérés comme les accessoires de l'industrie mobilière à laquelle ils sont nécessaires, et non du bâtiment dans lequel cette industrie est exercée. Il est bien évident d'ailleurs que tout ceci ne s'applique pas aux objets mobiliers adhérents au sol ou faisant corps avec les bâtiments, qui sont régis par d'autres principes.

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Biens*, § 1 ; M. Duranton, t. IV, n. 65 ; Pothier, *De la communauté*, n. 51.

(2) Ferrières, sur l'art. 90 de la coutume de Paris.

(3) S., 10, 712. Voy. cependant M. Marcadé, sur l'art. 524, et M. Demolombe, t. IX, n. 265.

était même la partie principale, de telle sorte que l'usine et ses accessoires pouvaient être considérés comme appliqués au service et à l'exploitation du fonds, on comprend que ses rédacteurs aient placé ces accessoires parmi les immeubles par destination.

Mais depuis lors la science a fait des progrès : la vapeur a remplacé l'eau, et la vapeur est un moteur qui n'a rien d'immobilier, soit dans son application, soit dans son principe. Une usine mise en mouvement par la vapeur n'est donc pas comme celle qui est mise en mouvement par un cours d'eau, l'exploitation d'un fonds ou d'un immeuble, mais la simple exploitation d'une industrie ; et dès lors les ustensiles et machines qui en font partie conservent leur caractère mobilier. L'article 524 du Code civil ne peut être invoqué pour caractériser des faits et des choses que ses rédacteurs ne pouvaient avoir en vue.

1375. Cette solution s'applique spécialement aux forges et aux établissements affectés à l'exploitation de l'industrie métallurgique; ces établissements ayant pour objet moins l'exploitation de la mine même que la préparation du minerai qui, par son extraction, est devenu un objet mobilier. Mais on doit considérer comme immeubles les machines à vapeur ou autres employées à l'extraction du minerai, parce que cette extraction n'est pas autre chose que l'exploitation de la mine, et que la mine est immeuble (1).

1376. Que décider relativement aux machines et au matériel employés à l'exploitation d'un chemin de fer ? Un chemin de fer étant sans contredit un immeuble, il semble, au premier abord, que ce matériel doive être réputé immeuble comme placé sur un immeuble ou dans ses dépendances pour son exploitation et son service. Mais, en y regardant de plus près, on reconnaît que l'industrie des chemins de fer a moins pour objet l'exploitation du chemin de fer en lui-même, que l'exploitation d'une entreprise de transports dont le chemin de fer n'est que le moyen. Le matériel n'est pas dès lors employé à l'exploitation du chemin de fer, mais à celle de l'entrepr se

(1) Voy. *sup.*, n. 1370.

de transports ; il n'est donc pas affecté au service ou à l'exploitation d'un fonds ou d'un immeuble, et dès lors il conserve son caractère mobilier (1).

Mais il faut avoir soin de remarquer que cette solution ne s'applique pas aux choses qui font partie de la voie de fer, tels que les rails ou les machines adhérentes au sol. Ces objets attachés au fonds à perpétuelle demeure participent dès lors à son caractère immobilier.

1377. On doit ranger, parmi les meubles, les navires et autres bâtiments de mer (2); mais ce sont des meubles d'une espèce particulière, à raison de leur importance, quant à la forme de la vente volontaire ou forcée qui en est faite, et quant aux priviléges dont ils peuvent être l'objet : les navires sont en quelque sorte les immeubles du commerce. Sont pareillement meubles, les bateaux, bacs et tous les établissements faits sur rivières non fixés par des pilotis, tels que les bains sur bateaux, les bateaux de blanchisseuses et les moulins flottants (3).

1378. Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des immeubles et des meubles corporels. Néanmoins, comme nous l'avons déjà vu, on a étendu aux objets incorporels, tels que les droits et actions, la distinction en meubles et immeubles qui, naturellement, n'appartient qu'aux choses ; et on a considéré les droits et les actions comme meubles ou comme immeubles, selon qu'ils s'appliquent à des choses de l'une ou de l'autre nature.

Aux termes de l'article 526 du Code civil, sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

1379. Tous les autres droits ou actions sont mobiliers : tels sont, aux termes de l'article 529, les obligations ou actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobi-

(1) Voy. *inf.*, n. 1385.

(2) C. civ., 530. — *Navim non inter res immobiles, sed inter mobiles connumerandum puto.* Straccha, *De navibus*, part. I, n. 31.

(3) C. civ., 531.

liers ; les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies, mais par rapport aux associés seulement et tant que dure la société; enfin, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur les particuliers.

Il est à remarquer à cet égard que les actions sociales sont meubles, bien que des immeubles dépendent de l'entreprise, sans distinction entre les compagnies proprement dites, c'est-à-dire qui ont une grande extension, soit quant à leur objet, soit quant au nombre de leurs membres, et les sociétés ordinaires. M. Toullier (1) a essayé d'introduire cette distinction entre les compagnies et les sociétés, pour refuser aux intérêts dans celles-ci le caractère mobilier que la loi attribue aux actions dans celles-là; mais elle ne repose sur aucune raison plausible et elle est contredite par la nature des choses qui ne change pas, selon le plus ou moins d'étendue de l'entreprise, et par l'article 529 lui-même qui emploie alternativement le mot compagnie et le mot société.

De ce que les actions sociales sont meubles, bien que des immeubles soient mis en société, il suit que des actions dans une société qui a pour objet l'exploitation d'une mine, sont meubles, bien que la mine soit immeuble.

L'action sociale ne cesse pas d'être meuble quand un immeuble mis en société constitue à lui seul l'actif social. L'article 529 ne distingue pas et ne pouvait pas distinguer. Le caractère mobilier de l'action ne provient pas de ce qu'il y a des meubles mis en société, mais de ce que la société a toujours pour objet l'exercice d'une industrie et les bénéfices qui résultent de son exercice, quel que soit l'objet auquel il s'applique; de telle sorte que, tant que dure la société, l'action se résout en un droit aux bénéfices, droit essentiellement mobilier d'après l'objet auquel il s'applique. *Omnis actio ad consequendum mobile est mobilis* (2). C'est précisément pour cela que l'article 529 distingue entre l'action dans une société existante et

(1) T. XII, n. 96.
(2) M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 142.

l'action dans une société dissoute, parce que celle-ci, à la différence de la première, constitue un droit sur l'actif social, et devient conséquemment immobilière s'il y a des immeubles dans cet actif.

Mais de cette considération et de ce que l'action dans une société qui possède des immeubles n'est mobilière qu'à l'égard des associés et tant que dure la société, on ne serait pas fondé à conclure que l'action devient immeuble au moment où elle est vendue : l'acquéreur succède immédiatement à l'associé et devient associé comme lui. Et, d'un autre côté, il ne se rend acquéreur que de ce que l'associé vendeur possédait, c'est-à-dire d'un droit actuel aux bénéfices et d'un droit futur et éventuel à une quote-part de l'actif, ce qui laisse les choses dans le même état qu'avant la vente (1).

1380. Du reste, la loi a quelquefois permis l'immobilisation des actions de certaines sociétés privilégiées. Telles sont les actions de la Banque de France (2).

Il en était de même autrefois des effets publics ou des rentes sur l'État, qui pouvaient être immobilisés pour entrer dans la formation d'un majorat, mais qui ne le peuvent plus, pour l'avenir, depuis que l'institution des majorats a été supprimée (3).

1381. On peut encore ranger, parmi les meubles, les brevets d'invention et les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle, et les offices, tels que ceux d'agents de change et de courtiers.

Il est enfin une dernière espèce de meubles, particulière au commerce, à la fois corporels et incorporels. Ce sont les fonds de commerce qui se composent de marchandises et autres objets mobiliers corporels garnissant les lieux, ensuite de l'achalandage et quelquefois du droit au bail, qui constituent des droits purement incorporels.

(1) Voy. Cass., 7 avril 1824, S., 7, 1, 432; 29 mai 1865, S., 65, 1, 325; Orléans, 26 août 1869, D., 69, 2, 185; M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 141.

(2) Décr. 16 janvier 1806, art. 7; loi du 17 mai 1834, art. 5.

(3) Loi du 12 mai 1835. — Angers, 6 juillet 1861, S., 62, 2, 222.

Maintenant que nous avons établi la distinction entre les meubles et les immeubles, voyons quelles choses peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit.

CHAPITRE II

DES CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN COMMERCE.

SOMMAIRE. — 1382. Les meubles seuls peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit; les immeubles en sont exclus. — 1383. L'exploitation des mines n'a rien de commercial. — 1384. *Quid* de l'achat d'une manufacture? — 1385... De l'exploitation d'un chemin de fer. — 1386. Des marchandises; signification de ce mot. — 1387. Distinction entre les marchandises et les denrées. — 1388. Quand un meuble devient-il marchandise, et quand cesse-t-il de l'être? — 1389. Les métaux et la monnaie sont marchandise. — 1390. Des meubles incorporels considérés comme marchandises. Créances; effets publics; actions sociales; fonds de commerce; offices. — 1391. Du travail considéré comme marchandise. — 1392. De la propriété littéraire, industrielle et artistique.

1382. Je l'ai déjà dit, les meubles seuls peuvent faire l'objet du commerce proprement dit (1) ou de l'industrie commerciale. *Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, dit Ulpien (2). Quant aux immeubles, quoiqu'ils puissent être et qu'ils soient fréquemment l'objet de rapports intéressés entre les hommes, ils ne peuvent être un objet de commerce que dans l'acception la plus générale de ce mot (3).

C'est là une vérité qui résulte et de la définition économique du commerce, et de la définition ou description juridique qu'en donnent les articles 632 et 633 du Code de commerce. Économiquement parlant, le commerce n'est autre chose que le transport des marchandises d'un lieu à un autre; en d'autres termes, le commerce met à notre portée les objets de nos besoins qui n'y seraient pas sans cela (4) : ce qui, bien évidem-

(1) Voy. *sup.*, n. 1369.
(2) Voy. t. I, n. 3.
(3) L 66, *ff.*. *De verb. signif.*
(4) Voy. t. I, n. 11.

ment, ne s'entend que des objets mobiliers. Juridiquement parlant, il n'est pas un seul des actes que les articles 632 et 633 du Code placent parmi les actes de commerce, qui puisse s'appliquer aux immeubles, et qui ne s'applique au contraire directement et nécessairement aux meubles. Sans doute l'énumération faite par ces articles n'est pas limitative; mais elle est démonstrative; et elle démontre, par les exemples sur lesquels elle s'appuie, que les immeubles ne peuvent jamais être directement un objet de commerce. Je reconnais qu'on peut spéculer sur des immeubles, les acheter pour les revendre en masse ou en détail; mais toute spéculation n'est pas un acte de commerce. La spéculation est le genre; le commerce est l'espèce: et le caractère distinctif de cette espèce, c'est d'avoir pour objet des valeurs mobilières, soit qu'il s'agisse de les produire, soit qu'il s'agisse de les mettre en œuvre pour en augmenter l'utilité, soit qu'il s'agisse de les mettre à la portée du consommateur.

C'est donc avec raison qu'une jurisprudence à peu près unanime a jugé, soit qu'il n'y a pas acte de commerce dans l'achat d'un immeuble pour le revendre après l'avoir divisé (1), soit qu'on ne peut réputer commerçant celui qui se livre habituellement à l'achat et à la revente d'immeubles (2) ou qui loue des immeubles pour les sous-louer (3).

Cependant un savant auteur, M. Troplong (4), tout en reconnaissant que, dans l'état actuel de la législation, les immeubles ne peuvent être un objet de commerce, se plaint de ce qu'il appelle une lacune. On ne voit pas pourquoi, dit-il, on ne traiterait pas comme marchands, ceux qui traitent la

(1) Cass., 28 brum. an XIII, S., 2, 1, 25; Metz, 18 juin 1812, *ibid.*, 4, 2, 137.

(2) Bourges, 4 décembre 1829, S., 9, 2, 356, et 20 mai 1843, S., 44, 2, 37; Cass., 4 juin 1850, S., 50, 1, 593. Voy. dans le même sens, M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Actes de commerce*, § 4; Favard, v° *Actes de commerce*, § 1, n. 6; Pardessus, t. I, n. 8; Vincens, t. I, p. 123; Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerc.*, p. 9; M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 319, M. Molinier, n. 14; M. Nouguier, t. I, n. 359; M. Alauzet, t. IV, n. 2026.

(3) Paris, 13 juillet 1861, S., 61, 2, 568.

(4) Ubi *sup.* — V. aussi M. Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 323.

propriété foncière comme une marchandise. — Il n'y aurait, je l'avoue, aucun inconvénient à ce que ceux qui font le commerce de biens immeubles, les marchands de biens, comme on les appelle vulgairement, fussent traités comme marchands, c'est-à-dire justiciables des tribunaux de commerce; mais je ne vois pas non plus quel avantage y trouveraient les spéculateurs et le public. Depuis longtemps, les ventes en détail de biens achetés en masse se pratiquent sur une vaste échelle, et je ne crois pas que les entraves qu'a pu rencontrer ce genre de spéculation aient été produites par son caractère civil. Ces entraves ont été la conséquence inévitable de la nature même de l'objet mis en spéculation, c'est-à-dire de la forme obligée des actes nécessaires pour assurer la transmission de la propriété, et surtout des droits d'enregistrement auxquels les transmissions successives donnent lieu. Ce dernier obstacle, qui n'est pas insurmontable, pourrait sans doute disparaître de nos lois fiscales. Quant à celui qui résulte des formalités mêmes de la transmission, et de la nécessité de la purge, je ne vois pas comment on pourrait en délivrer le commerce des biens, qui ne peut être productif et utile aux vendeurs, aux acheteurs et au public, qu'autant qu'il présente une sécurité complète et qu'il ne compromet pas les droits des tiers. Il y a des inconvénients qu'il faut savoir subir en retour de leurs avantages.

On ne peut méconnaître toutefois qu'il n'y ait une tendance peu réfléchie, selon moi, à voir un commerce véritable dans la spéculation qui s'exerce sur les immeubles, et des commerçants dans ceux qui se livrent à cette spéculation (1). Mais

(1) Un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 12 juillet 1847, rapporté par le journal *le Droit* (n° du 15 juillet), a jugé qu'un notaire fait acte de commerce lorsqu'il achète des immeubles pour les revendre par lots et en détail. — Et un auteur récent, M. Beslay, a même directement combattu la solution de la doctrine et de la jurisprudence en soutenant dans son *Comment. du Code de commerce*, t. I, n. 107 et suiv., que les spéculations qui ont pour objet des immeubles peuvent avoir un caractère commercial. Mais les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion ont un caractère exclusivement théorique, en ce sens que si en elles-mêmes elles ne sont pas absolument dépourvues de fondement, elles ne tiennent pas un compte suffisant de l'état de la législation, en donnant aux mots une signification autre que

il y a d'autant moins de nécessité à faire violence à la nature des choses pour voir dans cette spéculation un acte de commerce, que, dans un grand nombre de cas, les actes accessoires que sont forcés de faire les spéculateurs, ont un caractère commercial qui suffit pour les faire considérer comme marchands.

Ainsi, ceux qui, pour payer les immeubles qu'ils achètent dans le but de les revendre, sont dans l'habitude d'émettre des lettres de change ou des billets à ordre; ceux qui revendent ou débitent en détail les matériaux provenant de la démolition des bâtiments qu'ils ont achetés dans le but de les revendre; ou des coupes de bois (1) : ceux-là font acte de commerce et peuvent dès lors être réputés commerçants, parce qu'ils se livrent à des spéculations auxiliaires de la spéculation principale, fortement empreintes du caractère commercial.

On doit même aller plus loin et reconnaître qu'une société formée pour acheter des terrains et les revendre après y avoir élevé des constructions peut être considérée comme une société commerciale, quand l'objet principal de la spéculation est l'industrie des constructions, et que l'achat d'immeubles n'y intervient que comme moyen de réaliser cette spéculation. Par suite les contestations qui s'élèvent entre les associés, et les actions des fournisseurs contre les associés sont de la compétence des tribunaux de commerce. C'est ce qui a été jugé avec raison par deux arrêtés de la chambre civile de la Cour de cassation, du 3 février 1869 (2).

Mais le soin avec lequel ces arrêts relèvent les constatations de fait des arrêts attaqués desquels il résulte que les associations avaient pour objet des entreprises de travaux et de fournitures dont l'achat de terrains n'était que l'accessoire, démontre que la solution devrait être différente si des faits

leur signification légale et en allant même jusqu'à contester la distinction des choses en meubles et en immeubles.

(1) Bourges, 19 mars 1831, S., 32, 2, 33; D., 32, 2, 185; M. Pardessus, t. I, n. 8.

(2) D., 69, 1, 160.

constatés il résultait que la spéculation a pour objet principal l'achat et la revente des immeubles, terrains ou maisons, ou la mise en valeur et l'exploitation de ces immeubles, ainsi que l'a jugé la cour de Paris le 15 février 1868 (1).

Il y a plus : dans le cas même où l'achat des matériaux pour construire une maison destinée à être revendue constitue un acte de commerce, la vente de cette maison, les actes relatifs à cette vente et spécialement le mandat donné pour la vente n'auraient aucun caractère commercial, puisqu'il ne s'agirait pas de la vente des matériaux considérés comme meubles, mais de la vente de la maison qui est immeuble (2).

La question de savoir si l'achat d'un immeuble dans lequel serait exploité un commerce ou une industrie a un caractère commercial, dépend également des circonstances. Si l'immeuble est acheté seul, ce n'est pas là un acte de commerce. S'il est acheté avec le fonds de commerce qui s'y exploite, il faut distinguer. Si la vente a eu lieu, bien que par le même contrat, moyennant deux prix distincts, l'un applicable à l'immeuble, l'autre applicable au fonds de commerce, la vente n'est commerciale qu'en ce qui touche le fonds de commerce (3). Si la vente a eu lieu en bloc et pour un seul et même prix, il faut rechercher, d'après l'importance relative de l'immeuble et du fonds de commerce ou d'industrie, quel est l'objet principal du contrat, et quel en est l'accessoire, et la vente sera civile ou commerciale, selon que le principe civil ou le principe commercial y dominera.

Dans tous les cas l'acquisition d'une maison pour l'affecter à un commerce ou à une industrie, n'a jamais un caractère commercial (4).

Quant au louage d'une usine et de son mobilier industriel pour l'exploiter, il constitue sans aucun doute un acte essentiellement commercial (5).

(1) D., 68, 2, 208.
(2) Paris, 16 nov. 1866, Bull., de la cour de Paris, 1867, p. 950.
(3) Voy. *inf.*, n. 1393.
(4) Paris, 22 mars 1851, S., 51, 2, 205.
(5) Rouen, 17 juillet 1840, S., 40, 2, 388; Colmar, 28 nov. 1849, S., 51, 2, 331; Pardessus, n. 52; M. Molinier, 89.

1383. Par une conséquence naturelle des règles qui précèdent, les mines étant considérées comme immeubles, leur exploitation n'a rien de commercial (1). C'est d'ailleurs la disposition expresse de l'article 32 de la loi sur les mines, du 21 avril 1810. Toutefois, si celui qui exploite une mine joint à son exploitation une autre industrie, quoique analogue; par exemple, si, au lieu de se borner à extraire le minerai, à l'épurer et à le mettre à la portée des fabricants qui emploient le métal dans leurs produits, il fabrique lui-même, avec le métal qu'il a extrait et préparé des objets qu'il livre, soit aux marchands en gros et en détail, soit à la consommation immédiate, il est réputé faire un acte de commerce qui s'exerce non sur la mine ou sur son exploitation, mais sur l'exploitation du minerai qui par son extraction est devenu meuble (2).

1384. Du reste, bien que les immeubles en eux-mêmes ne puissent pas être un objet de commerce, cependant ils peuvent entrer comme éléments dans des actes de commerce ; et, dans ce cas, la présence de cet élément étranger n'enlève pas à l'acte le caractère commercial que lui attribue son objet principal.

Ainsi, le grand commerce de manufactures ne cesse pas d'être un commerce, parce qu'il ne peut s'exercer sans vastes établissements immobiliers. Il suit de là que le manufacturier ou le fabricant qui achète les choses nécessaires à la mise en activité de son établissement fait acte de commerce, bien que ces choses puissent être destinées à devenir, par leur incorporation à l'immeuble, immeubles par destination (3).

1385. Ainsi encore l'exploitation d'un chemin de fer, ayant pour but moins l'exploitation de l'immeuble qu'une entreprise de transports (4), peut faire l'objet d'un commerce proprement dit, non-seulement quand il s'agit de l'exploiter, mais encore lorsqu'il s'agit de le construire. C'est en ce sens qu'il

(1) Voy. *sup.*, n, 1370.

(2) *Ibid*, n. 1371. V. aussi Rouen, 28 fév. 1861, S, 61, 2, 613, et Colmar, 4 juin 1862, S., 62, 2, 149.

(3) Voy. *sup.*, n. 1370.

(4) *Ibid.*, n. 1376.

a été jugé avec raison par la Cour de cassation, le 28 juin 1843 (1), que les fournitures de matériaux pour la construction d'un chemin de fer ont un caractère commercial.

Il y a plus : l'entreprise de construction d'un chemin de fer constitue non un acte isolé de commerce, mais une série d'actes de commerce et par suite l'entrepreneur d'une telle construction est commerçant (2).

Du reste, comme on le voit par ces exemples, c'est toujours le contact de la chose mobilière qui imprime la commercialité à la chose immobilière : preuve certaine et nouvelle qu'en principe et en règle générale, les meubles seuls peuvent faire l'objet d'un commerce.

1386. Considérés comme objet de commerce, les meubles prennent le nom de *marchandises*. *Marchandise* est un mot générique qui, dans son acception restreinte, ne s'applique qu'à des meubles corporels, mais qui, dans une acception plus étendue et non moins juridique, comprend également des meubles incorporels. Tout ce qui peut faire l'objet d'un commerce, être vendu ou loué est marchandise (3). C'est en ce sens que, dans le langage des anciens auteurs, faire le *commerce* et faire la *marchandise* sont deux locutions synonymes. C'est pourquoi on appelle marchands tous ceux qui font le commerce ou la marchandise. « Je crois, disait M. le procureur général Dupin à la Cour de cassation, dans un réquisitoire qui renferme beaucoup de recherches philologiques sur le mot *marchandise*, que ce mot est essentiellement générique quand il est employé seul sans expression qui le limite, et qu'il est synonyme du mot commerce dans son sens le plus étendu. — *Mercare*, acheter et vendre, faire la *marchandise*, spéculer. C'est de là que nous est venu le mot marché, lieu où l'on vend et où l'on achète. Au moyen âge, *mercandisare* pour *mercaturam facere*. *Mercandisas, in chartâ, anno* 1478; *mercari seu mercandisam facere*, faire la marchandise : ce qui n'est pas fabriquer, mais trafiquer. — Consultons les lexiques, nous y ver-

(1) S., 43, 1, 574.
(2) Voy. Cass., 2 fév. 1869. D., 69, 1, 370.
(3) Toubeau, t. I, p. 399.

rons : *ne in terram nostram veniamus ad mercandisas ibi faciendas*, pour y faire des affaires. Jetons les yeux sur nos anciennes ordonnances, et nous y lirons : *les juges de la marchandise*, pour les juges du commerce. En 1672 on apposait le marteau de la marchandise, en vertu des ordonnances, pour dire le marteau du commerce. Je lisais l'autre jour la vie de Colbert par le marquis D...; l'auteur y dit : « Colbert compléta son édu« cation d'homme d'affaires dans la ville de Paris, en y appre« nant, suivant l'expression commerciale, *à faire la marchan« dise.* » — Ainsi, ce mot par lui-même est très-générique. C'est la chose commerciale, quand ce n'est pas le commerce lui-même (1). »

Enfin, suivant Barthole et Straccha (2), le mot marchandise est général à tel point que si, par testament, un commerçant avait légué sa marchandise, ses dettes actives seraient comprises dans le legs. Nous verrons tout à l'heure les conséquences de cette signification (3).

1387. Les meubles corporels, considérés comme marchandises, se divisent en marchandises proprement dites et en denrées. On entend par denrées les produits destinés à la nourriture ou aux besoins de l'homme et des animaux, et qui sont de nature à être consommés ou dénaturés par le premier emploi qu'on en fait. Sous la dénomination de marchandises, opposée à celle de denrées, on comprend les objets qui subsistent après le premier usage qu'on en fait, ou qui ne s'usent que par une consommation lente (4). Du reste, quoique le mot marchandises comprenne dans sa généralité les marchandises proprement dites et les denrées, il y a à observer, à cet égard, quant aux denrées qui sont un produit agricole, qu'elles ne deviennent marchandises, dans l'acception générale du mot, que lorsqu'elles sortent des mains du producteur pour passer entre les mains du commerçant qui les achète pour les revendre, les préparer ou les exploiter; et quant aux

(1) Conclusions dans l'affaire des Messageries prévenues de coalition. S , 36, 1, 881.

(2) *De mercat.*, p. 354, n. 96. Toubeau, p. 399.

(3) Voy. *inf.*, n. 1390.

(4) M. Pardessus, n. 8.

denrées qui sont un produit industriel et commercial, qu'elles sont marchandises entre les mains du producteur comme en celles du marchand qui les achète pour le revendre (1).

1388. Toute chose d'ailleurs cesse d'être marchandise lorsqu'elle sort des mains du marchand pour passer entre les mains d'un consommateur. Straccha n'ose pas décider la question : *Illud in dubium revocari etiam potest an mercis appellatione vestimenta continentur et cætera quæ habemus ad usum quotidianum pertinentia seu quotidianum penus* (2); mais il est par trop manifeste qu'on ne peut donner le nom de marchandises qu'aux choses destinées à être vendues, et que les choses affectées à l'usage de la personne ne sauraient dès lors avoir ce caractère. Ce sont des meubles dans l'acception ordinaire de cette expression et non des marchandises. Or, si tout meuble peut devenir une marchandise, tout meuble n'est pas par lui-même une marchandise tant qu'il n'est pas engagé dans le commerce. Cela est si vrai que, dans le langage juridique, le mot *meuble* n'entraîne pas avec lui l'idée de marchandise. C'est ce qui résulte de l'article 533 du Code civil, aux termes duquel le mot *meuble* employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas ce qui fait l'objet d'un commerce.

1389. Tout meuble, au surplus, peut devenir marchandise, parce que tout meuble peut faire l'objet d'un commerce. Ainsi les métaux précieux sont une marchandise, non-seulement quand ils sont en lingots, mais encore quand ils sont monnayés. Il n'y a d'autre différence entre le lingot et la monnaie que celle qui existe entre un produit fabriqué et la matière première dont il est fait (3). Ce point, du reste, n'a pas toujours été admis par les jurisconsultes, et notamment par les jurisconsultes français qui, se fondant sur cette erreur économique que la monnaie est un signe de la valeur des choses, qui représente, en tant que monnaie, une valeur ou une quantité, et non un corps, *quæ non numeratur tanquam*

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commis.*, t. III, n. 10.
(2) *De mercat.*, part. I, n. 96.
(3) J.-B. Say, *Traité d'écon. polit.*, p. 219, (Édit. Guillaumin).

massa nec tanquam species, sed tanquam moneta et quantitas, et sic seu ratione valoris et quantitatis (1), soutenaient que la monnaie n'est pas une marchandise. *Hinc de jure pecunia, in quantum pecunia, non est merx, nec venit appellatione mercium, vel similium rerum, nec per eas æstimatur, sed omnes res æstimat* (2). Cette erreur, qui d'ailleurs était renouvelée des Grecs (πάντα γὰρ μετρεῖ, dit Aristote en parlant de la monnaie), s'est maintenue longtemps encore, grâce à Montesquieu (3) et à Potier (4). Mais ce n'est pas sans étonnement qu'on en rencontre des traces jusque dans le Code civil (5), et qu'on voit dans les travaux préparatoires de ce Code un membre du Tribunat, M. Boutteville, opposant les lingots à la monnaie, refuser la qualification de marchandise à la monnaie pour la réserver aux lingots; car lors de la préparation et de la publication du Code, Adam Smith avait déjà prouvé que la monnaie n'est pas le signe de la valeur des choses, mais un simple instrument des échanges (6); une valeur qu'on donne pour une autre valeur et dont le monnayage ne change pas la nature, puisqu'il n'a ou ne doit avoir d'autre but que d'imprimer sur le métal même la garantie de sa pureté et de son poids. Il y a toutefois entre les autres marchandises et la monnaie cette différence que les premières s'achètent pour être finalement consommées, tandis qu'on n'achète pas la monnaie, ou, ce qui revient au même, on ne l'acquiert pas, par le moyen d'un échange, pour la consommer, mais pour la revendre, c'est-à-dire pour la donner en échange de quelque autre chose qu'on se propose de consommer (7). Mais cette différence, qui provient de l'utilité particulière de la monnaie, n'en change pas la nature commerciale, puisque, si on ne la consomme pas matériellement, on la consomme de la manière qui lui est propre en la dépensant. D'un autre côté, chaque espèce de monnaie s'échange dans le commerce contre

(1) Dumoulin, *De usuris*, n. 694.
(2) *Ibid.*
(3) *Esprit des lois*, liv. XXII, ch. VII.
(4) *Du prêt de consommation*, n. 37.
(5) C. civ., 1895.
(6) Liv. I, ch. IV, t. I, p. 29 (Édit. Guillaumin).
(7) J.-B. Say, *Cours d'écon. polit.*, t. I, p. 375 (Édit. Guillaumin).

une monnaie d'une autre espèce : la monnaie d'or contre la monnaie d'argent; la monnaie d'un pays contre la monnaie d'un autre pays ; et cet échange, qui n'est pas gratuit, constitue un véritable commerce dans lequel la monnaie est considérée comme une marchandise ordinaire. Il est d'ailleurs fort remarquable que l'erreur dans laquelle sont tombés les jurisconsultes français n'était pas partagée par les jurisconsultes italiens, qui, plus familiarisés avec les idées commerciales, ont de tout temps considéré la monnaie comme marchandise. Casaregis (1), Straccha (2), Raphaël de Turri (3), Scaccia (4), sont unanimes sur ce point. *Pecunia continetur appellatione mercis*, dit ce dernier auteur ; *merx potest emi et vendi, et quotidiè venditur et emitur : ergo pecunia etiam tanquam merx contractari potest.*

La jurisprudence moderne ne refuse pas d'ailleurs à la monnaie ou aux sommes d'argent, la qualification de marchandises (5).

Du reste, il en est de la monnaie comme des marchandises ordinaires. Le mot *meuble* employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas plus l'argent comptant que les autres choses faisant l'objet d'un commerce (6).

1390. Nous avons déjà vu que les meubles incorporels sont marchandises aussi bien que les meubles corporels, quand ils font l'objet d'un commerce. Ainsi les créances commerciales constatées par lettres de change, billets à ordre, factures ou autres titres analogues, sont de véritables marchandises qui font l'objet d'un commerce actif et spécial, et dont la transmission constitue un fait commercial, même quand elle a lieu entre non-commerçants, alors du moins qu'il s'agit de lettres de change (7). Il a même été jugé par la cour de Poitiers,

(1) *Disc.* 70, n. 14 et *disc.* 129, n. 12 et 13.
(2) *De mercat.*, p. 351, n. 75.
(3) *De cambiis, quæst.* 9, n. 18, p. 28.
(4) *De comm. et camb.*, p. 108, n. 29.
(5) Cass., 6 août 1867, D., 68, 1, 35.
(6) C. civ., 533.
(7) C. com., 636, 637.

le 5 janvier 1841 (1), que la cession d'une créance commerciale constatée par billets à ordre, faite par un commerçant à un autre commerçant, est un acte de commerce, quoique la cession ait lieu dans une forme non commerciale.

Quant aux créances qui ne sont commerciales ni par leur forme ni par leur origine, elles ne deviennent marchandises que lorsqu'elles font l'objet d'une spéculation, c'est-à-dire quand elles sont achetées pour être revendues (2).

Il en est de même des effets publics : quand ils sont achetés pour être conservés et comme emploi d'un capital, ou qu'ils sont vendus par celui qui veut s'en défaire dans le seul but de réaliser son capital, on ne peut les considérer comme marchandises (3); mais quand ils sont achetés ou revendus dans la vue d'une spéculation à faire sur la différence entre le prix d'achat et le prix de revente, ils deviennent marchandise (4).

C'est par une autre distinction que se résout la question de savoir si les actions, ou parties d'intérêt dans une société commerciale, sont une marchandise. Il faut distinguer entre les actions qui donnent à celui qui les possède la qualité de commerçant, telles que les parts ou intérêts dans une société en nom collectif; et les actions dans une société en commandite ou anonyme, qui ne rendent point commerçant celui qui en est titulaire. Les premières doivent être considérées comme marchandises, parce qu'elles ont toujours un objet commercial, et qu'elles rendent l'associé commerçant. Les secondes, au contraire, qui ne constituent par elles-mêmes qu'un placement de fonds, ne sont pas une marchandise.

Il suit de là que la souscription d'actions dans une société en commandite, qui ne rend pas le souscripteur commerçant, ne constitue pas non plus de sa part un acte de commerce : c'est un simple bailleur de fonds qui, comme l'a très-bien dit

(1) S., 41, 2, 121.

(2) M. Pardessus, n. 10.

(3) Paris, 25 août 1811, S., 3, 2, 483, et 27 avril 1831.

(4) Cass., 29 juin 1808, S., 2, 1, 549; Cass., 21 fév. 1860, S., 60, 1, 362; 3 juin 1867, D., 68, 1, 31; 26 août 1868, D., 68, 1, 439. Pardessus, *ibid.*; Vincens, t. I, p. 135; M. Merlin, *Quest.*, v° *Effets publics*, n. 4.

M. Delangle (1), procure des fonds pour faire le commerce, mais qui ne le fait ni personnellement ni par mandataire, et qui, bien qu'il traite avec la société ou ses représentants, n'en reste pas moins étranger aux opérations sociales (2). A plus forte raison en est-il de même de celui qui se rend cessionnaire d'actions déjà souscrites, puisqu'il s'agit d'un acte qui se fait en dehors de la société (3).

Mais si les actions, dans une société anonyme ou en commandite, devenaient un objet de spéculation et de commerce, et étaient achetées pour être revendues, alors elles devraient être considérées comme marchandise.

Un fonds de commerce est-il marchandise, de telle sorte que l'achat qui en est fait, soit dans la vue de l'exploiter, soit dans la vue de le revendre immédiatement, soit un acte de commerce? Il n'est pas douteux que l'achat d'un fonds de commerce, fait dans la vue de le revendre, et que la revente qui suit l'achat ne soient des actes commerciaux, puisqu'il y a là une spéculation sur le bénéfice de la revente; mais il y a plus de difficulté quand l'achat est fait dans la vue d'exploiter. Je dis qu'il y a plus de difficulté, parce que la jurisprudence hésite sur la question et la résout tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, quoique, à mes yeux, il n'y ait pas plus de doute

(1) *Des sociétés*, t. I, n. 311.

(2) Voy., en ce sens, Rouen, 6 août 1841, S., 41, 2, 636; Douai, 26 janv. 1843, S., 43, 2, 181; Lyon, 7 fév. 1850, S., 50, 2, 369; Dijon, 20 mars 1851, S., 51, 2, 764; Paris, 28 fév. 1842, S., 44, 1, 694; et 22 déc. 1846, S., 49, 7, 219; Dijon, 4 août 1857, S., 58, 2, 195; Angers 18 janv. 1865, S., 65, 2, 211; Douai, 5 mai 1869, D., 69, 2, 155; M. Pardessus, n. 1510; M. Delangle, t. I, n. 309 et suiv.; MM. Goujet et Merger, v° *Actes de commerce*, n. 84; M. Nouguier, *Des trib. de comm.*, t. I, p. 374; M. Foureix, *Des sociétés comm.*, n. 116; M. Alauzet, t. I, n. 150; M. Pont, *Rev. de législ.* 1844, t. XX, p. 352; M. Ballot, *Rev. de droit franç.*, 1847, t. IV, p. 425. — Voy. en sens contraire, Paris, 27 fév. et 31 déc. 1847, S., 47, 2, 131, et 49, 2, 219; 3 oct. 1850, S., 50, 2, 607; 3 juin 1856, S., 56, 2, 641; Cass., 13 août 1856, S., 56, 1, 769; Grenoble, 25 fév. 1857, S., 58, 2, 693; Lyon, 21 juill. 1858, et Rouen, 25 juin 1859, S., 60, 2, 247; Paris, 10 janv. 1861, S., 61, 2, 188; Cass., 15 juillet 1863, 1, 485; M. Vincens, t. I, p. 322; MM. Malepeyre et Jourdain, *Soc. comm.*, p. 138; M. Molinier, n. 491 et 546; M. Bédarride, *Des sociétés*, t. 1, n. 241.

(3) Lyon, 1er août 1850, S., 50, 2, 369. Voy. en sens contraire, Paris, 3 oct. 1850, S., 50, 2, 607.

dans le second cas que dans le premier, et que l'achat d'un fonds de commerce soit toujours un acte commercial.

De quoi se compose un fonds de commerce? Ordinairement, outre l'achalandage et la clientèle, il comprend les marchandises existant en magasin au moment de la vente, et souvent le droit au bail des lieux occupés par les magasins. Il faut reconnaître que dans ces trois éléments il en est un qui n'a rien de commercial; c'est le droit au bail, dont la cession ne constitue qu'une sous-location. Mais cet élément étranger ne change rien à la nature de la cession du fonds de commerce qui peut se comprendre et se vendre sans droit au bail, et qui consiste principalement dans la clientèle et dans les marchandises existant au magasin. Or la vente de ces marchandises constitue évidemment un acte commercial, puisque celui qui achète le fonds de commerce pour l'exploiter achète évidemment les marchandises pour les revendre. On ne serait pas fondé à prétendre qu'ici les marchandises sont l'accessoire de l'achalandage; que c'est l'achalandage qui fait en réalité l'objet principal de la vente, et que les marchandises ne peuvent seules en déterminer le caractère. En supposant en effet que la vente d'un fonds de commerce, sans marchandises, fût un acte purement civil, il n'est pas douteux que la question doit changer de face si des marchandises y sont jointes. Ces marchandises ne sont pas un simple accessoire; elles se confondent avec le fonds dont elles sont une des parties intégrantes, puisque c'est précisément la revente qui en sera faite qui constitue l'exploitation du fonds de commerce. Il n'est donc pas possible de nier que l'achat d'un fonds de commerce, quand il comprend à la fois l'achalandage et les marchandises existantes en magasin, ne soit un acte commercial.

En est-il autrement quand il n'y a pas de marchandises jointes à l'achalandage? Je ne saurais le croire. C'est l'achat pour revendre la chose achetée qui constitue l'acte de commerce. Or, celui qui achète un fonds de commerce pour l'exploiter, fait-il autre chose que se proposer de le revendre en détail? Qu'est-ce que l'exploitation d'un fonds de commerce, sinon la

réalisation journalière et en détail des bénéfices qu'on s'est proposés en l'achetant, et la revente partielle du fonds qui s'épuiserait bientôt si le marchand ne savait pas entretenir l'achalandage, en soutenir la vogue et la faveur par son adresse et son industrie? L'achat fait en vue d'une exploitation, c'est-à-dire en vue d'une revente et d'une recomposition journalière, est donc un acte qui renferme tous les caractères légaux de l'acte de commerce, et auquel on ne peut refuser ces caractères que par un oubli des principes les plus élémentaires du droit commercial (1).

Je n'admettrais même pas de distinction à cet égard, relativement à l'acquisition des offices ou charges de courtier ou d'agent de change, puisque l'exploitation de ces charges est un véritable commerce, et que celui qui les achète se rend acquéreur, non du titre même qui ne peut lui être conféré que par le gouvernement, mais seulement de la clientèle (2).

Quant à celui qui vend son fonds pour se retirer du commerce, il ne fait pas acte de commerce : le contrat n'est commercial que de la part de l'acheteur (3).

Celui qui prend à bail un fonds de commerce fait acte de commerce aussi bien que celui qui l'achète (4).

1391. Tout ce qui fait l'objet d'un commerce étant marchandise, le travail qui peut se vendre, se louer et s'acheter est une marchandise ; c'est pour cela que la loi répute acte de commerce toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau, d'agence ou de bureaux d'affaires, qui ne peuvent s'exercer sans louage d'ouvrage ou d'industrie.

(1) Voy., en ce sens, Cass., 7 juin 1837, S., 38, 1, 78 ; Douai, 5 mars et 30 juill. 1850, S., 50, 2, 81; Orléans, 5 juin 1850, S., 51, 2, 13; Lyon, 15 avril 1856, S, 58, 2, 432; M. Horson, *Quest.* 184 et 197; M. Nouguier, t. I, p. 389 et suiv.; M. Alauzet, t. IV, n. 2023 ; M. Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 230. — Voy. en sens contraire, Paris, 19 nov. 1830 et 14 avril 1831, S, 31, 2, 160 et 194; 18 août 1834, S., 34, 2, 269. Voy. aussi M. Molinier, n. 21.

(2) V. en sens contraire, Paris, 7 août 1832, S., 33, 2, 52, et Aix, 5 mai 1840, *ibid.*, 40, 2, 348 ; Rennes, 18 avril 1859, S., 60, 2, 96.

(3) Voy. Paris, 2 juin 1869, D., 70, 2, 6.

(4) Colmar, 28 mai 1850, S., 51, 2, 487.

1392. La propriété littéraire, industrielle ou artistique est également un objet de commerce. Mais, sur ce point, il faut distinguer.

La propriété littéraire ou artistique n'est pas un objet de commerce, entre les mains de l'auteur ou de l'artiste, soit qu'il achète les choses nécessaires à la production ou à l'exploitation de son idée, soit qu'il vende son œuvre à un tiers chargé de l'exploiter. L'auteur ou l'artiste qui ont puisé en eux-mêmes le principe intellectuel de leur œuvre, et qui cherchent à en tirer profit, ne peuvent être assimilés au marchand ou à l'industriel qui revend ce qu'il a acheté ou ce qu'il a matériellement produit. Il y a, sans doute, à côté des productions de l'esprit, une production matérielle qui leur sert d'appui : mais c'est ici un accessoire qui ne change pas la nature du principe.

Au contraire, entre les mains de celui à qui l'auteur ou l'artiste a cédé le droit d'exploiter son œuvre, cette exploitation est commerciale, parce qu'il n'y a, à l'égard de l'exploitation, qu'un objet acheté pour être revendu.

Il en est de même de celui qui publie un recueil ou écrit périodique dans les sciences, les arts, la littérature et la politique lorsqu'il est l'auteur de l'écrit ou du journal, il ne peut être considéré comme faisant acte de commerce, alors même qu'il achèterait ce qui est nécessaire à leur publication. Mais il en est autrement de celui qui ne serait que l'éditeur, pour son compte, d'un recueil ou d'un journal à la rédaction duquel il demeurerait étranger, et dont il aurait acheté le travail à autrui (1).

Il n'y a même aucune distinction à faire entre celui qui édite et celui qui réédite son œuvre. Si la seconde édition est semblable à la première, on ne voit pas pourquoi sa publication aurait un caractère différent. Si, au contraire, elle est dissemblable, elle constitue par ce rapport une œuvre nouvelle dont la publication ne peut avoir aucun caractère commercial (2).

(1) M. Dalloz, v° *Commerce*, p. 140. — *Contrà*, M. Pardessus, n. 15.

(2) V. en sens contraire un jugement du tribunal de Nantes, du 4 fév. 1865, S., 65, 2, 273.

S'il s'agit de la propriété industrielle d'une invention applicable aux arts et métiers ou à l'industrie manufacturière, comme l'invention a un objet directement commercial, l'inventeur qui l'exploite lui-même fait acte de commerce aussi bien que celui à qui il en aurait cédé l'exploitation. Par suite, la vente d'un procédé industriel, faite soit par l'inventeur lui-même, quand il l'avait déjà exploité et quand il l'avait ainsi rendu objet de commerce, soit par celui qui en est devenu acquéreur pour l'exploiter, est un acte commercial (1).

Mais si la vente était faite par un inventeur qui n'a pas encore exploité son invention à un industriel qui veut l'exploiter, la vente ne serait commerciale que de la part de l'acquéreur (2), et si l'acquéreur n'achetait pas le procédé pour l'exploiter lui-même, l'acte ne serait commercial ni d'un côté ni de l'autre.

TITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE. — 1393. Objet de ce titre.

1393.— Le droit de commercer suppose le droit de disposer des choses qui font l'objet du commerce ; le droit de disposer suppose le droit de propriété.

Nous allons donc exposer ici ce que c'est que la propriété ; son étendue ; les choses auxquelles elle peut s'appliquer ; les moyens généraux de l'acquérir, et les modifications dont elle est susceptible. Nous entrerons ensuite dans l'examen des règles particulières à la propriété intellectuelle de certaines choses qui jouent dans le commerce un rôle fort remarquable ; je veux parler de la propriété littéraire, artistique ou industrielle.

(1) Lyon, 4 janvier 1839, S., 39, 2, 340. — Voy. aussi, Dijon, 27 avril 1865, S., 65, 2, 205.
(2) Paris, 16 nov. 1852, S., 52, 2, 677.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ, DE SON ÉTENDUE, DES CHOSES AUXQUELLES IL S'APPLIQUE, DES MODIFICATIONS DONT IL EST SUSCEPTIBLE.

SOMMAIRE. — 1394. Ce que c'est que la propriété. Distinction entre la possession et la propriété. — 1395. Des choses communes et de celles qui sont dans le domaine public. — 1396. Des choses incorporelles. Comment les choses corporelles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. — 1397. Les personnes ne peuvent être un objet de propriété. — 1398. Des choses qui sont dans le commerce. — 1399. Étendue du droit de propriété. Ses limites. Restrictions conventionnelles. — 1400. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété. Expropriation pour cause d'utilité publique... En fait de meubles; mise des vivres en commun dans une traversée maritime; jet à la mer. — 1401. Modes d'acquérir et de transmettre la propriété. Successions, donations, contrats, prescription. — 1402. Occupation. — 1403. Droit d'accession naturelle; droit aux fruits; différentes espèces de fruits. — 1404. Droit du possesseur aux fruits de la chose possédée. — 1405. Droit d'accession artificielle, en fait d'immeubles et de meubles. — 1406. De l'usufruit. Quels fruits appartiennent à l'usufruitier. — 1407. L'usufruitier doit conserver la substance de la chose; il ne peut en changer la destination. Application de la règle aux manufactures et aux fonds de commerce. — 1407 *bis*. Obligations du nu propriétaire. — 1408. Des réparations à la charge de l'usufruitier. — 1409. De l'usufruit des choses fongibles et des choses non fongibles. — 1410. Application des règles qui précèdent aux fonds de commerce et aux manufactures. — 1411. Du cas où au fonds soumis à l'usufruit se trouve joint un objet incorporel, tel qu'un brevet d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique, etc. — 1412. De l'usufruit d'un fonds de commerce de banque ou de commission. — 1413. Résumé. — 1414. Obligation de l'usufruitier de faire inventaire ou de donner caution.

1394. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (1). La propriété est ainsi appelée, dit Pothier (2), parce que c'est le droit par lequel une chose m'est *propre* et m'appartient privativement à tous autres.

Il y a cette différence entre la possession et la propriété, que la possession suppose une détention ou une occupation actuelle de la chose qui en fait l'objet, tandis que la propriété

(1) C. civ., 544.
(2) *Du domaine de propriété*, n. 4.

existe indépendamment de toute possession actuelle : seulement elle la suppose, en ce sens que les choses qui ne sont pas susceptibles de possession, c'est-à-dire qui ne peuvent être ni détenues ni occupées, ne sont pas susceptibles de propriété (1).

Toute propriété vient du travail à l'aide duquel l'homme a occupé et détenu les choses susceptibles d'occupation et de détention et se les est appropriées. La propriété comme le travail est de droit naturel. Le droit civil garantit et protége la propriété, mais il ne la crée pas (2).

1395. J'ai dit tout à l'heure que les choses qui ne sont pas usceptibles de possession ou d'occupation, c'est-à-dire qui ne sont pas susceptibles d'un droit primitif, ne sont pas susceptibles de propriété. Elles ne sont la propriété de personne, ou plutôt elles sont la propriété de tous. Ces choses sont celles que les jurisconsultes appellent *res communes :* tels sont l'air, l'eau qui coule dans les rivières, la mer (3) et ses rivages. *Naturali jure omnium communia sunt hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc, littora maris* (4).

Suivant notre droit français, les choses qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public. Tels sont les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lacs et relais de la mer, les ports, les havres, les rades (5). Il en est de même des biens vacants et sans maître, sauf le droit que peut acquérir sur ces objets celui qui les trouve et qui s'en empare (6).

1396. Les choses incorporelles peuvent, aussi bien que les

(1) Voy. n. 1395.

(2) Voy. Locke, *Gouvernement civil*, liv. II, ch. IV. ; Ch. Comte, *De la propriété;* M. Léon Faucher, *Dict. d'écon. polit.*, art. *Propriété;* M. Thiers, *De la propriété;* M. Troplong, *De la propriété d'après le Code civil.* Voy. les différents systèmes contraires de Grotius, liv. II, ch. III; Puffendorf, liv. IV, ch. IV ; Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVI, ch. XV; Blackstone, liv. II, ch. I ; Bentham, *Législ.*, t. II, p. 33 et suiv.

(3) Voy t. I, n. 103 et suiv.

(4) L. 2, § 1, *ff.*, *De rerum divis.*

(5) C. civ., 538 et 713.

(6) *Ibid.*, 717.

choses corporelles, faire l'objet d'un droit de propriété, parce que les unes et les autres sont susceptibles de possession et d'appropriation ; tels sont les meubles et immeubles incorporels, les créances et les actions. Tels sont aussi les droits des auteurs ou des inventeurs sur les productions de leur esprit (1).

1397. Mais les choses seules peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. Les personnes en sont exclues. L'homme est propriétaire, mais ne peut être une propriété : sa liberté est inaliénable comme sa volonté. La loi seule peut en limiter l'exercice. C'est pourquoi on ne peut se soumettre à la contrainte par corps, hors les cas prévus par la loi (2), ni engager ses services autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (3).

1398. Quand une chose ne peut faire l'objet d'une propriété privée, on dit qu'elle est hors du commerce, en prenant ce mot dans son sens le plus général (4).

Il y a encore des choses qui sont hors du commerce, en ce sens que, bien qu'elles puissent être la propriété de quelqu'un, elles ne peuvent faire l'objet d'aucun contrat. Telles sont les boissons et autres denrées falsifiées, ou corrompues (5). Il en est de même des images, gravures ou écrits contraires aux lois, aux mœurs, à la religion ou à la réputation d'autrui (6).

Enfin, il est des choses dont la loi défend jusqu'à la possession ; telles sont les armes secrètes ou cachées (7), les armes et les munitions de guerre (8).

En général, les fonctions publiques ne sont pas dans le commerce; elles restent la propriété de l'État qui seul peut les conférer, et ne deviennent pas la propriété de ceux qui en sont revêtus temporairement ou viagèrement. Cependant, il

(1) Voy. *inf.*, ch. II.
(2) C. civ., 2063, 2069.
(3) *Ibid.*, 1780.
(4) Voy. t. I, n. 3.
(5) C. pén., 423; lois du 27 mars 1851 et du 5 mai 1855.
(6) *Ibid.*, art. 287 ; L. 17 mai 1819, art. 1 et 8.
(7) C. pén., art. 314 ; loi du 24 mars 1834 ; loi du 27 fév. 1858.
(8) Mêmes lois.

est certaines charges ou offices, tels que ceux d'agents de change ou de courtiers, que la loi a mis jusqu'à un certain point dans le commerce, en autorisant les titulaires à présenter des successeurs à l'agrément du chef de l'État et, par conséquent, à traiter de cette présentation (1). Toutefois, comme j'ai déjà eu l'occasion de le faire remarquer (2), c'est plutôt l'utilité de l'office ou son émolument qui est dans le commerce, que l'office lui-même dont la transmission ne peut s'opérer sans le concours de la volonté supérieure du gouvernement. C'est là une distinction qui n'avait pas échappé aux anciens docteurs, même à des époques où la vénalité des offices était établie sur une échelle beaucoup plus large qu'aujourd'hui : *Quidquid sit circà substantiam et proprietatem officii*, disait Ansaldus (3), *in dubium profecto cadere nequit quod verus contractus emptionis et venditionis verificetur in ipso jure percipiendi fructus officiorum.*

1399. Nous l'avons déjà vu : la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue : *jus utendi et abutendi.* Mais ce droit, quelque absolu qu'il soit en lui-même, est nécessairement circonscrit par le droit de tous ; et, s'il était permis d'user de sa propriété sans contrôle ni limites, cet usage excessif du droit serait bientôt la destruction du droit lui-même.

Il n'entre pas dans le plan de cet ouvrage d'exposer toutes les restrictions que la loi a dû apporter aux droits de propriété qui, la plupart se rapportant aux immeubles, n'ont pas un objet commercial (4) : quand l'occasion s'en présentera, je les ferai remarquer. Nous avons déjà vu les restrictions que la loi a apportées à la liberté du travail et de l'industrie qui, l'un et l'autre, sont une, propriété (5). Nous verrons bientôt quelles conditions elle a mises à l'exploitation des mines.

Les conventions particulières apportent quelquefois certai-

(1) Loi du 28 avril 1816, art. 91.

(2) Voy. *sup.*, n. 1390.

(3) *Disc.* 60, n. 41.

(4) Elles sont principalement relatives au régime forestier, au dessèchement des marais, à la culture du tabac, à la voirie et aux alignements.

(5) Voy. *sup.*, n. 876 et suiv.

nes restrictions au droit de propriété. Il ne peut jamais y avoir de difficulté sur ce point quand la restriction est expressément stipulée. Celui qui a le libre usage de sa propriété peut renoncer à en faire tel ou tel usage, et en soumettre l'exercice à telles ou telles conditions. C'est encore là une manière d'en user. Mais quand la convention n'est pas explicite, il est parfois assez difficile de reconnaître l'intention des parties. Cependant il est une règle d'interprétation qu'il ne faut pas perdre de vue ; c'est que la renonciation à un droit ne se présume jamais ; et que, si elle ne résulte pas des termes exprès de la convention, on ne peut l'admettre qu'autant qu'elle en est la conséquence naturelle et nécessaire.

C'est ainsi que celui qui vend un fonds de commerce s'oblige par cela même à ne pas élever un établissement semblable dans le même endroit, ou dans une certaine distance ou pendant un certain temps variable suivant l'état des lieux et la nature du commerce. La vente d'un fonds de commerce comprend la clientèle ou l'achalandage : autrement elle ne serait que la vente d'une certaine quantité de marchandises. Celui qui a vendu sa clientèle ne peut donc rien faire pour la retenir à lui ; et comme la clientèle tend à suivre le nom et la personne, on doit reconnaître qu'en vendant, il s'interdit l'usage de son industrie partout où sa clientèle pourrait encore le suivre (1).

Mais il en serait autrement si la vente d'un établissement industriel, tel qu'une usine, n'emportait avec elle aucun achalandage particulier, de telle sorte qu'elle ne comprît que le matériel mobilier ou immobilier de l'établissement. Dans ce cas, on ne pourrait interdire au vendeur le droit d'élever un autre établissement dans le voisinage (2).

Par la même raison, le propriétaire qui a loué une boutique, un magasin ou un local à un commerçant pour l'exercice d'une profession déterminée, et qui est tenu de faire jouir le loca-

(1) Pardessus, t. I, n. 271 ; Paris, 19 nov. 1821, S., 7, 2, 444 ; D., 25, 2, 93 ; Grenoble, 10 mars 1836, S., 38, 2, 35 ; Alger, 5 janvier 1864, S., 65, 2, 142.

(2) Voy. Cass., 17 juillet 1844, S., 44, 1, 678.

taire des lieux loués suivant leur destination, s'oblige par cela même et sans qu'il soit besoin de stipulation particulière à ne pas louer un autre local dans la même maison à une personne exerçant la même industrie : à plus forte raison en serait-il ainsi si le propriétaire s'était obligé par une convention expresse à ne pas louer à une industrie rivale (1).

Cependant la jurisprudence la plus récente (2) décide au contraire que le propriétaire qui a loué une partie de son immeuble pour l'exploitation d'une industrie déterminée, ne perd pas par le seul effet de cette location et en l'absence de toute condition restrictive insérée dans le bail ou résultant de la commune intention des parties, le droit de louer une autre partie du même immeuble pour une exploitation similaire. Nous ne saurions nous ranger à cette opinion. Elle s'appuie principalement sur l'art. 544 du Code civil, aux termes duquel le propriétaire a le droit de jouir et de disposer de la propriété comme bon lui semble à la charge de n'en pas faire un usage prohibé par les lois et règlements : mais le propriétaire peut renoncer à son droit dans une mesure plus ou moins grande ; et ne renonce-t-il pas, quand il loue une partie de son immeuble pour l'exercice d'une industrie, à faire dans une autre partie du même immeuble quelque chose qui gêne l'exercice du droit du preneur qu'il est tenu de faire jouir des lieux loués suivant leur destination? La commune intention des parties à cet égard ne résulte-t-elle pas de l'indication de l'industrie qui doit être exercée dans les lieux loués, indication le plus ordinairement obligatoire pour le locataire qui ne pourrait changer la destination des lieux sans le consentement du propriétaire? Je persiste donc, malgré la jurisprudence nouvelle, dans mon ancienne opinion : c'est celle qui, pendant longtemps, a prévalu devant le tribunal de la Seine et devant la cour de Paris.

(1) Voy. Paris, 8 nov. 1856; et 4 mars 1858; et Lyon, 19 mars 1857, S., 58, 2, 322; Paris, 15 et 5 nov. 1859, S., 59, 2, 486 et 649; Bordeaux, 2 août 1860, S., 61, 2, 124; Paris 27 janvier, S., 64, 2, 28; Toulouse 14 mars 1864, S., 64, 2, 257.

(2) V. Cass., 6 nov. 1867, S., 67, 1, 461; et 29 janv. 1868, S., 68, 1, 116.

1400. Une conséquence naturelle du droit de propriété, c'est que nul ne peut être contraint de céder sa propriété : s'il en était autrement, il n'y aurait plus de propriété. Il n'y a, à cette règle fondamentale, qu'une seule exception ; c'est quand la cession est exigée par l'utilité publique (1) ; alors le propriétaire est obligé de subir l'expropriation qui est réclamée dans l'intérêt de tous.

S'il s'agit d'immeubles, l'expropriation ne peut avoir lieu que lorsque l'utilité publique a été préalablement déclarée par l'autorité compétente, et moyennant juste et préalable indemnité ; le tout dans la forme réglée par la loi du 3 mai 1841.

L'expropriation pour cause d'utilité publique n'a pas lieu, à proprement parler, en fait de meubles. On peut cependant lui assimiler, jusqu'à un certain point, la confiscation des denrées falsifiées ou corrompues exposées en vente (2) ; et avec plus de vérité encore, l'autorisation donnée par l'article 249 du Code de commerce, aux capitaines de navire, si les victuailles du bâtiment manquent pendant le voyage, de contraindre, après avoir pris l'avis des principaux de l'équipage, ceux qui ont des vivres en particulier, de les mettre en commun, à la charge de leur en payer la valeur. Ici se retrouve la déclaration préalable d'utilité et l'indemnité. Seulement cette indemnité n'est pas nécessairement préalable, et le capitaine, au lieu de payer les vivres mis en commun avant leur livraison, peut ne les payer qu'à la fin du voyage, ou lorsqu'il se trouve dans un lieu où il peut se procurer l'argent nécessaire. La loi 2 § 3, ff. *Ad legem Rhodiam*, qui contenait une disposition analogue à celle de l'article 249 du Code de commerce, ne parlait même pas de l'obligation de payer les vivres mis en commun. *Eo magis, quod si quando ea (cibaria) deficerent in navigatione, quod quisque haberet, in commune conferret.* Mais, dit Vinnius sur cette loi (3), *utique tamen non gratis ut nihil restitui necesse sit, sed cum onere restituendi ubi necessitas cessaverit.*

(1) C. civ., 545.
(2) C. pén., 423 et 475 et suiv. Loi du 27 mars 1851.
(3) *Ad Peckium*, p. 215, note *i*.

On peut encore voir une sorte d'expropriation pour utilité publique dans le jet d'une partie du chargement à la mer pour alléger le navire en cas de danger pressant (1). Mais il y a entre l'expropriation ordinaire et celle qui résulte du jet à la mer cette différence que l'expropriation n'est pas la conséquence directe et nécessaire du jet. En effet, si les marchandises jetées sont recouvrées, elles doivent être restituées aux propriétaires auxquels il n'est dû, dans ce cas, que le dommage causé par le jet et les frais de recouvrement, de telle sorte que c'est la perte définitive qui les exproprie et les rend créanciers de la valeur des marchandises jetées (2). *Qui levandæ navis gratiâ res aliquas projiciunt*, dit la loi 8 ff, *ad legem Rhodiam, non hanc mentem habent ut eas pro derelicto habeant : quippe invenerint eas ablaturos et si suspicati fuerint in quem locum ejectæ sint requisituros.* — « Si un navire a fait jet de plusieurs marchandises, dit le *Grand Routier et Pilotage de la mer*, il est à présumer que celui qui a fait ledit jet a encore intention de vouloir les recouvrer. » Un texte d'Ulpien (3) semble dire le contraire et supposer que le jet dépouille à l'instant même de la propriété de la chose jetée, celui à qui elle appartient : *Si jactum ex nave factum alius tulerit an furti teneatur ? Quæstio in eo est an pro derelicto habiturus sit : et siquidem derelinquendi animo jactaverit, quod plerumque credendum est, quum sciat periturum, qui invenit suum fecit, nec furti tenetur.* Mais d'après les interprètes du droit, Ulpien entend parler ici, non d'un jet forcé fait après délibération et pour échapper à un danger, mais d'un jet fait volontairement et sans nécessité : *De eo qui simpliciter nec urgente aliquâ necessitate res aliquas in mare projicit* (4). Quoi qu'il en soit, et malgré le doute qui, sous l'empire de la législation romaine, pouvait naître de la contrariété de ces textes, l'usage commercial, confirmé par la législation moderne, lève toute dif-

(1) C. com., 410 et suiv.
(2) *Ibid.*, 429.
(3) *In leg. falsus creditor*, 43, § *pen. ff. de furt.*
(4) *Vinnius, ad Peckium*, p. 271, note B. Voy. aussi Wesenbecius, cité par Vinnius ; et Nic. De Passeribus, *Conciliar. leg.*

ficulté ; et aujourd'hui l'expropriation qui résulte du jet est subordonnée à la condition que les objets jetés ne seront pas recouvrés par le propriétaire.

Une autre différence entre l'expropriation et la dépossession qui résulte du jet à la mer, c'est que la perte des objets jetés qui dépouille irrévocablement le propriétaire, ne donne lieu à indemnité que si le jet a sauvé le navire (1) ; et que l'indemnité, quand il y a lieu de l'accorder, se règle par contribution, c'est-à-dire que les objets sauvés contribuent, suivant leur valeur proportionnelle, à la réparation de la perte que les objets jetés sont obligés de supporter dans la même proportion ; de telle sorte que l'indemnité attribuée à leur propriétaire n'est pas intégrale, mais se trouve réduite du montant de leur part dans la perte commune ; autrement les propriétaires des objets jetés trouveraient, dans le jet, une occasion de bénéfice relatif, puisqu'ils seraient intégralement remboursés par les autres qui perdraient la valeur totale du remboursement (2).

1401. Les droits de propriété qui ne peuvent se perdre sans le consentement exprès ou présumé du propriétaire, ne peuvent non plus s'acquérir sans le consentement de celui auquel on prétend les attribuer, en ce sens que chacun peut renoncer au droit qu'il a à une chose. Aux termes de l'article 711 du Code civil, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs et testamentaire et par l'effet des obligations. Une succession, une donation veulent être acceptées ; une obligation suppose un consentement exprès ou tacite. Nous n'avons pas à nous occuper ici des donations ; nous avons expliqué dans le Livre précédent, en parlant des héritiers des commerçants, tout ce que nous avions à dire des successions ; quant aux obligations, elles seront l'objet des Livres suivants. Il y a une manière particulière d'acquérir qui consiste dans la prescription fondée sur une possession plus ou moins longue ; mais comme la prescription est aussi un moyen de se libérer d'une obligation,

(1) C. com., 425.
(2) Pardessus, n. 745.

et que la prescription acquisitive, de même que la prescription libératoire, ont des principes communs, nous nous réservons de traiter plus tard spécialement de l'une et de l'autre.

1402. L'occupation est encore un moyen d'acquérir qui s'applique notamment au butin fait sur l'ennemi (1) et aux choses perdues. Quant aux choses perdues, la propriété n'en est attribuée à l'inventeur que lorsqu'elles ne sont pas réclamées dans un certain délai et suivant des conditions qui se rattachent aux règles sur la prescription. Les choses perdues ou abandonnées en mer sont soumises à des règles qui ont déjà été développées dans cet ouvrage (2).

1403. La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession (3) : c'est encore là un moyen d'acquérir. Il s'applique soit à ce qui est produit par la chose, c'est-à-dire aux fruits, soit à ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. C'est là le droit d'accession proprement dit. Occupons-nous d'abord du droit aux fruits.

Les fruits sont de deux sortes : les fruits naturels et les fruits civils. Les fruits naturels sont le produit naturel de la chose ; tels sont les produits de la terre, les récoltes des champs, des prairies ou des vignes, le croît des animaux. Les fruits civils sont les loyers ou le prix dû par un tiers pour la jouissance qui lui a été accordée d'une chose susceptible de produire des fruits naturels ou d'être employée à un usage quelconque; tels sont les prix des baux à ferme quand ce prix est stipulé en argent, et non en une portion des fruits naturels du fonds ; les intérêts des sommes exigibles, les arrérages d'une rente, les loyers d'une maison, d'un moulin, d'une fabrique (4). Les fruits naturels sont appelés fruits industriels quand ils sont le produit de la culture, c'est-à-dire du travail appliqué à la terre (5).

(1) Sur la légitimité de ce moyen, voy. liv. II, tit. I, ch. II.
(2) Voy. n. 431.
(3) C. civ., 547.
(4) C. civ., 583 et suiv.
(5) *Ibid.*

Quant aux produits des manufactures, des fonds de commerce, dans lesquels la terre n'est pour rien, et qui sont le résultat du travail aidant le capital, ils ne rentrent dans aucune de ces classifications. Ce ne sont pas des fruits dans le sens que le Code civil donne à ce mot, ce sont des produits des capitaux engagés dans l'industrie, et ils appartiennent au travailleur, non comme étant le produit naturel du fonds sur lequel il exploite son industrie, mais comme étant le résultat de son travail combiné avec l'emploi intelligent de ses capitaux (1).

Les conséquences de cette distinction sont importantes; nous les verrons tout à l'heure.

1404. Le droit de percevoir les fruits étant la conséquence du droit de propriété, il faut en conclure que celui qui les a perçus, sans être propriétaire ou sans y être autorisé par un titre susceptible d'être opposé au propriétaire, est tenu de les restituer. La loi ne fait exception qu'en faveur du possesseur de bonne foi. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de les restituer (2). Le possesseur est de bonne foi quand il possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus (3).

Nulle difficulté pour l'application de ces règles aux fruits naturels ou civils qui rentrent dans la classification du Code; et même si le possesseur d'un fonds ou d'un capital est de bonne foi, nulle difficulté non plus lorsqu'il s'agit de lui attribuer les produits qui résultent de la combinaison de son travail et de son industrie avec ce capital, et de l'usage qu'il a fait du fonds pour l'exercice de son industrie.

Mais il en est autrement si ce possesseur est de mauvaise foi : ici commence la difficulté, et elle est grave. Le principe posé par l'article 549 du Code civil est que le simple pos-

(1) Voy. le mémoire de M. Rossi, que j'ai eu déjà l'occasion de citer, *Rev. de législ.*, t. II, p. 9.
(2) C. civ., 549.
(3) *Ibid.*, 550.

sesseur qui fait les fruits siens quand il est de bonne foi est tenu, s'il n'est pas de bonne foi, de les rendre avec la chose au propriétaire qui la revendique. La question est de savoir si le possesseur qui n'est pas de bonne foi est tenu de rendre, avec le capital ou le fonds qu'il possède indûment, les produits de son travail combiné avec l'utilité du fonds ou du capital.

Je ne le pense pas. De quels fruits entend parler l'article 549? Des fruits dont parle l'article 547, en posant le principe que les fruits appartiennent au propriétaire, c'est-à-dire des fruits naturels ou industriels de la terre, et des fruits civils, tels que ces fruits sont définis par les articles 583 et 584, auxquels se réfère l'article 549. Or, nous l'avons déjà vu, les produits du capital proprement dit, ou du travail aidant le capital sans le concours de la terre, ne se trouvent pas compris dans la classification de la loi. La disposition de la loi qui veut que le possesseur dont la bonne foi n'est pas établie soit tenu de restituer les fruits ne s'applique donc pas aux produits dont il est ici question.

Il faut cependant le reconnaître, l'inapplicabilité de cette disposition ne serait pas une raison pour que ces produits devinssent la propriété d'un possesseur de mauvaise foi, s'ils étaient le produit immédiat et en quelque sorte naturel de la chose possédée; mais il n'en est pas ainsi. Un capital, ou, pour parler plus exactement, une somme d'argent, une manufacture, un fonds de commerce, sont possédés par un tiers qui n'est pas de bonne foi. Ces valeurs mobilières ou immobilières ne sont pas productives par elles-mêmes; il faut qu'elles soient fécondées par le travail, l'industrie ou la spéculation, qui sont les agents indispensables de la production, et qui appartiennent en propre au possesseur de la chose qui sert de point d'appui à la spéculation. Le possesseur ne peut donc être tenu de restituer un produit qu'il ne doit qu'à son travail et à son industrie. On objecterait à tort que la terre ne produit pas sans travail, et que cependant l'indu possesseur d'un fonds de terre est tenu d'en restituer les fruits. En effet, à la différence d'un capital, d'un fonds de commerce,

d'une manufacture, un fonds de terre est productif par lui-même. Le travail en augmente ou en améliore les fruits ; il est même quelquefois la condition nécessaire de certaines productions. Mais la production, quelle qu'elle soit, se rattache cependant immédiatement au sol, sans lequel rien n'eût été produit. Ici le travail est l'accessoire. Au contraire, quand il s'agit des produits de l'industrie manufacturière ou commerciale, le travail est non-seulement un agent nécessaire, c'est de plus l'agent principal. Dans l'industrie et dans le commerce, les produits viennent directement du travail aidé par les capitaux ; dans l'agriculture, ils viennent directement et naturellement du fonds aidé par le travail. Le possesseur d'un fonds de terre obtient les produits ou les fruits, d'abord de la terre, ensuite de son travail; tandis que le possesseur d'un capital engagé dans l'industrie commerciale ou manufacturière obtient des produits de son travail d'abord, ensuite du capital. Il n'est donc pas tenu de restituer les produits qu'il a obtenus principalement de lui-même. Néanmoins, comme il se trouvait détenteur de capitaux ou d'immeubles dont le propriétaire aurait retiré un loyer, il doit, en restituant ces capitaux ou ces immeubles, payer en même temps le loyer dont il est redevable à raison de l'usage qu'il en a fait, loyer qui figure dans une certaine proportion au chiffre total de ses produits. De cette façon, il restitue les fruits proprement dits des biens ou valeurs qu'il retenait indûment, et il retient le produit de son industrie et de son travail, qui lui appartient en propre et auquel personne ne peut prétendre (1).

1405. Je passe au droit d'accession proprement dit, qui consiste dans le droit du propriétaire sur tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose (2). Ce droit a lieu relativement aux immeubles, et relativement aux meubles.

Relativement aux immeubles, il suffit de rappeler que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous,

(1) Voy. le mémoire précité de M. Rossi. — Agen, 27 mars 1843, S., 43, 2, 511 ; Paris, 29 juillet 1868, D., 68, 2, 237. M. Demolombe, t. IX, 587.

(2) C. civ., 551.

et de faire remarquer que cette règle se modifie à l'égard des mines (1). Dans l'état actuel de la législation, le propriétaire de la surface est propriétaire de la mine qui se trouve dans son fonds. Mais cette mine ne peut être exploitée sans l'autorisation du gouvernement, autorisation qui peut être accordée, soit au propriétaire de la surface, soit à un tiers, à la charge de payer, à titre d'indemnité de dépossession, une redevance annuelle au propriétaire. Quand l'exploitation est concédée, soit au propriétaire, soit à un tiers, la mine devient une propriété nouvelle indépendante de la surface, susceptible comme toute autre propriété d'être hypothéquée et vendue. Toutefois elle ne peut être vendue par lots ou partagée, sans l'autorisation préalable du gouvernement (2).

Relativement aux meubles, l'accession a lieu dans trois cas ou de trois manières :

1° Par *adjonction* lorsque deux choses appartenant à différents maîtres ont été unies en un seul tout, dont chacune forme cependant une partie distincte et reconnaissable. Dans ce cas, le tout appartient au maître de la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui y a été unie. On répute alors partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première (3). C'est ainsi que dans un tableau le cadre est l'accessoire, et les broderies dans un habit.

Par une raison semblable, le papier est l'accessoire de l'écriture ou de l'impression ; la toile, du tableau. On n'écrit pas, on ne peint pas pour l'usage du papier ou de la toile. Ces objets, dit très-bien M. Duranton (4), sont au contraire employés eux-mêmes comme moyen nécessaire à l'exercice de l'action de peindre ou d'écrire, et pour en conserver l'effet. Le peintre qui peint sur une toile qui ne lui appartient pas,

(1) C. civ., 552.

(2) Voy. la loi du 21 avril 1810. Voy. sur la nature du droit de propriétaire de la surface sur la mine, un rapport de M. Troplong à l'Académie des sciences morales et politiques, dans le *Compte rendu* des séances de l'Académie, par M. Ch. Vergé, t. IV, p. 83.

(3) C. civ., 566 et suiv.

(4) T. IV, n. 456.

l'imprimeur qui imprime sur du papier qui appartient à autrui, sont donc propriétaires du tableau et de l'impression, à la charge de payer le prix de la toile ou du papier.

Que devrait-on décider à l'égard de l'impression de dessins de fabrique sur des étoffes ? Il faut distinguer quelle est la chose la plus précieuse de l'étoffe ou du dessin. Si c'est l'étoffe, le dessin la suit comme accessoire; si c'est le dessin, l'étoffe suit le dessin. Cependant on peut poser comme règle générale que le dessin est un ornement, un complément de l'étoffe; dans les cas les plus ordinaires, il en doit donc être considéré comme l'accessoire, de telle sorte que celui qui a imprimé des étoffes qu'il croyait lui appartenir est tenu de les restituer au véritable propriétaire qui les revendique, et n'a droit qu'au prix des dessins ou de l'impression.

Au surplus, dans tous les cas où de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale, qui est la plus considérable en valeur ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales (1). A plus forte raison, quand la chose unie est beaucoup plus considérable que la chose principale, le propriétaire de la chose, à l'insu duquel elle a été employée, peut-il demander qu'elle soit séparée pour lui être rendue, quand même il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (2).

2° Par *spécification*, lorsque la matière d'autrui a été employée à former une chose nouvelle. Ce mode d'accession a lieu lorsqu'un artisan ou une autre personne a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce. Dans ce cas, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre. Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, le travail serait alors réputé la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit

(1) C. civ., 569.
(2) *Ibid.*, 566.

de retenir la chose travaillée à l'insu du propriétaire, en lui remboursant le prix de la matière. C'est là une distinction toute naturelle entre le travail de l'ouvrier proprement dit et celui de l'artiste. Le travail du premier est l'accessoire; le travail du second est le principal (1).

Il y a encore spécification lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient. Dans ce cas, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'œuvre (2).

3° Par *mélange* ou *commixtion*, lorsque des choses appartenant à différents maîtres ont été mêlées ou confondues. Si aucune des matières ne peut être regardée comme la principale, et qu'elles puissent être séparées, celui à l'insu et contre l'aveu duquel elles ont été mélangées peut en demander la division. Si, au contraire, les matières sont devenues inséparables, ou si elles ne peuvent plus être séparées sans inconvénients, les différents propriétaires acquièrent en commun la propriété du mélange dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux (3).

Mais dans le cas où la matière appartenant à l'un des propriétaires serait de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière (4).

Il est une observation générale relative à toutes les règles qui précèdent sur le droit d'accession, c'est que leur applica-

(1) C. civ., 570, 571.
(2) *Ibid.*, 572.
(3) *Ibid.*, 573.
(4) *Ibid.*, 574.

tion doit être éclairée par les principes de l'équité naturelle dont elles ne sont que la conséquence (1).

Une autre observation non moins importante, c'est que le droit d'accession ne peut avoir lieu si ess additions, changements, transformations ou mélanges desquels il peut résulter, ont été effectués du consentement de toutes les parties intéressées. Il n'y a plus alors qu'un contrat de louage d'ouvrages, de vente ou de société dont les effets sont réglés par les principes généraux ou particuliers des conventions.

1406. Après avoir indiqué les principes généraux qui régissent la propriété et les droits qui en sont la conséquence, il convient de dire quelques mots des droits contraires qui la limitent, tels que les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de servitude. Nous n'avons à nous occuper ici que du droit d'usufruit.

L'usufruit est le droit de jouir des choses mobilières ou immobilières dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Ce droit, qui peut avoir son fondement dans la loi ou dans la volonté de l'homme (2), présente, dans son application aux matières commerciales et industrielles, des difficultés que je vais chercher à résoudre.

L'usufruitier a un droit de propriété sur les produits de la chose; c'est ce que l'article 582 du Code civil exprime en disant que l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. Les articles suivants déterminent ce qu'on doit entendre par fruits civils, industriels ou naturels; et nous avons déjà vu combien est incomplète cette classification dans laquelle le législateur n'a eu en vue que les produits de la terre et du travail appliqué à la terre, et les revenus qu'on tire du louage des capitaux, sans tenir compte des produits, soit du capital proprement dit et dans le sens économique de ce mot, soit du travail aidant ce capital (3).

(1) C. civ., 565.
(2) *Ibid.*, 584 et suiv., 578 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, 1403.

D'où la conséquence, qu'à s'en tenir au texte du Code, l'usufruitier n'aurait aucun droit aux produits d'une manufacture, d'un fonds de commerce, ou, en d'autres termes, que ces objets ne pourraient être soumis à un droit d'usufruit. Mais il faut entendre les articles 582 et suivants dans un sens démonstratif plutôt que dans un sens limitatif ou restrictif; se rattacher au principe qui donne à l'usufruitier la jouissance ou plutôt la propriété de toute espèce de fruits, et par conséquent de tous ceux qui peuvent être produits par des moyens naturels ou industriels, lors même qu'ils ne rentreraient pas dans la classification ou dans la définition inutile que le législateur en a imprudemment faite. Jamais il ne se rencontra une application plus juste de ce vieux brocard de l'école : *Omnis definitio in jure periculosa.*

Du reste, les produits n'appartiennent à l'usufruitier que lorsque, d'après leur destination, ils doivent être détachés du fonds ou du capital, et non lorsqu'ils doivent y être joints pour l'accroître. Ainsi, dans certaines sociétés, une partie des produits est mise de côté pour constituer un fonds de réserve qui accroît le capital et qui ne doit être distribué qu'à certaines périodes, lorsqu'il dépasse ou atteint un certain taux. Ce fonds de réserve n'appartient pas à l'usufruitier d'actions ou de parts sociales, pas plus que le capital ne lui appartient, ou du moins il n'a droit qu'à la jouissance des parties de ce fonds qui sont distribuées pendant le cours de son usufruit. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la cour de Paris, le 27 avril 1827 (1), que le fonds de réserve des actions de la Banque de France, qui s'est formé pendant la durée d'un usufruit, n'est pas un fruit civil qui appartienne à l'usufruitier; que ce fonds de réserve accroît le capital et appartient exclusivement au propriétaire ; et que, par suite, le droit de l'usufruitier se trouve réduit à la jouissance de la portion de ce fonds de réserve, qui a été distribué dans le cours de l'usufruit.

1407. Dans le cas où des manufactures, des fonds de commerce ou d'industrie sont compris dans un droit d'usufruit, l'usufruitier qui, aux termes de l'article 478, ne peut jouir de

(1) S., 8, 2, 361.

la chose qu'à la charge d'en conserver la substance, est tenu d'exploiter la manufacture ou le fonds de commerce, puisqu'en ne l'exploitant pas il dissiperait la clientèle et l'achalandage qui font partie de la substance du fonds.

Par la même raison, si dans un usufruit se trouvaient compris des bâtiments affectés à une usine ou à une manufacture, l'usufruitier ne pourrait en changer la destination, puisque la destination de ces bâtiments fait partie intégrante de leur utilité, et conséquemment de leur substance (1).

Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'usufruitier ne serait tenu de continuer l'exploitation et d'entretenir la destination de la chose, que s'il avait non-seulement l'usufruit du capital fixe ou engagé, c'est-à-dire du matériel composé, soit des immeubles, soit des machines, mais aussi l'usufruit du capital circulant, c'est-à-dire du capital employé à l'achat des matières premières, des marchandises et des dépenses journalières ; car on ne pourrait pas contraindre l'usufruitier, qui ne recevrait qu'un capital fixe, à faire les avances d'un capital circulant nécessairement considérable, et à changer la destination de ses propres capitaux dans l'intérêt du nu-propriétaire.

407 *bis*. Réciproquement, le propriétaire ne peut par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier (2). Ce n'est d'ailleurs que sur l'héritage chargé d'usufruit et relativement à cet héritage que le nu-propriétaire ne peut rien faire qui soit de nature à nuire à la jouissance de l'usufruitier. Si le propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit a un héritage voisin, dont il a la pleine propriété, les rapports entre les deux fonds doivent être réglés par les lois ordinaires du voisinage (3). Mais lorsqu'une partie seulement d'un fonds ou d'un héritage est grevé d'usufruit, le propriétaire peut-il faire sur la partie non soumise à l'usufruit, tout ce qui n'est pas contraire aux obligations du voisinage, alors même qu'il pourrait en résulter une certaine diminution de jouissance pour l'usufruitier? Je serais porté à le croire : il s'opère alors une division entre la

(1) Cass., 8 avril 1845, S., 45, 1, 606.
(2) C. civ., 599.
(3) C. civ., 544. M Demolombe, t. X, n. 661.

partie libre de l'héritage, et la partie grevée d'usufruit ayant pour résultat de constituer deux héritages distincts et indépendants qui ne sont assujettis à aucun devoir réciproque, autre que les devoirs de droit commun. Mais il en serait autrement si le propriétaire de l'immeuble partiellement grevé d'usufruit avait acquis cette immeuble par l'acte même constitutif de l'usufruit, parce que l'obligation de ne rien faire de contraire à la jouissance de l'usufruitier dériverait alors du contrat translatif de propriété, lequel, en restreignant par une charge d'usufruit partiel les droits du nouveau propriétaire, a par cela même refusé à celui-ci la faculté de se soustraire à cette charge. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la cour de Caen le 26 juin 1860 (1), que celui qui, ne faisant donation entre-vifs d'un immeuble, s'est réservé l'usufruit d'établissements industriels ou autres existants sur cet immeuble, a le droit de s'opposer à ce que le donataire ou son acquéreur crée sur ce même immeuble de nouveaux établissement de semblable nature pouvant faire concurrence à ceux soumis à l'usufruit reservé.

1408. Du reste, les rédacteurs du Code ont si peu prévu les difficultés de ce genre, et toutes celles qui peuvent se rattacher à l'usufruit établi sur des usines ou des manufactures, qu'ils n'ont rien statué sur les réparations qui, dans cette hypothèse, doivent être à la charge de l'usufruitier, et celles qui restent à la charge du nu-propriétaire. Ils posent bien en principe que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, et que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire; mais, dans la classification qu'ils font des unes et des autres, ils prennent pour point de comparaison les immeubles ordinaires affectés à l'habitation ou à l'industrie agricole, ce qui la rend difficilement applicable au cas qui nous occupe (2); c'est seulement par analogie qu'on peut lui appliquer les règles du Code civil; et quand il n'y a aucune analogie, il faut recourir aux règles de l'équité.

Préoccupé d'intérêts exclusivement agricoles, le Code, dit

(1) S., 61, 2, 161.
(2) C. civ., 605 et 606.

M. Rossi (1), est descendu jusqu'au détail des échalas que l'usufruitier d'un vignoble peut prendre dans la forêt ; mais il se tait sur le droit de l'usufruitier d'une usine ou d'une manufacture de prendre le bois nécessaire à la réparation ou à la construction des machines. On peut cependant appliquer, par analogie à ce cas, la disposition de l'article 592, qui autorise l'usufruitier à faire abattre les arbres nécessaires aux réparations auxquelles il est tenu, à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

1409. L'usufruit peut avoir pour objet des choses fongibles, c'est-à-dire dont on ne peut faire usage sans les consommer, aussi bien que des choses non fongibles, c'est-à-dire qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage (2). Ces deux cas sont réglés par les articles 587 et 589 du Code civil. Aux termes de l'article 587, si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit. Et aux termes de l'article 589, si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre à la fin de l'usufruit que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol et par sa faute.

Dans le premier cas, l'usufruitier se trouve en réalité propriétaire des choses, ce qui a fait donner au droit dont il jouit alors le nom de quasi-usufruit, parce qu'il n'est pas tenu de les

(1) Mémoire déjà cité, p. 10. C. civ., 593.

(2) Faisons observer ici que cette définition de choses *fongibles* et *non fongibles*, n'est pas toujours absolument exacte en ce sens qu'une chose qui ne se consomme pas naturellement par le premier usage qui en est fait, peut cependant être considérée comme fongible entre les mains d'un tiers, tel qu'un emprunteur, si elle lui a été remise pour être consommée, et à la charge de rendre une autre chose pareille; et qu'une chose qui se consomme peut être considérée comme *non fongible*, si elle n'a été prêtée qu'à la charge par l'emprunteur de la restituer identiquement.

rendre identiquement à la fin de l'usufruit, et qu'il peut se libérer à son choix, ou par la restitution d'objets de pareille quantité et qualité, ou par le payement du prix d'estimation au moment de la cessation de l'usufruit (1). M. Proudhon (2) pense au contraire que le temps à considérer pour la fixation de cette valeur est celui de l'ouverture, et non celui de la cessation de l'usufruit. Mais, outre que cette opinion est contraire au principe des articles 1897 et 1903 du Code civil, relatifs à la restitution en matière de prêt de consommation, il est évident que l'option laissée à l'usufruitier de se libérer, soit par une restitution en nature, soit par le payement de la valeur estimative au jour de l'ouverture de l'usufruit, mettrait de son côté toutes les chances favorables, sans en laisser aucune au propriétaire, puisque, si la valeur des choses avait augmenté, au lieu de les rendre en nature, l'usufruitier n'en rendrait que l'estimation ; tandis qu'en prenant pour base de l'estimation la valeur à la fin de l'usufruit, le propriétaire a la chance de gagner, s'il y a augmentation de valeur, soit qu'on lui restitue les choses en nature, soit qu'on lui en restitue la valeur.

Il est encore à remarquer que dans le même cas, et lorsque la restitution a lieu en nature, l'article 587 exige la restitution, non-seulement en pareille quantité et qualité, mais encore en pareille *valeur*. Mais il y a là un vice de rédaction qui tient à ce que les auteurs du Code ne se sont pas rendu un compte exact du sens du mot *valeur*, et de ce qu'ils l'ont employé, non dans sa signification vraie et économique, mais comme synonyme de qualité et quantité. Il faut donc entendre cette disposition, en ce sens qu'il suffit de rendre les mêmes qualités et quantités, *ou* la même valeur en quantités et qualités différentes. S'il en était autrement, la disposition de l'article 587 n'aurait pas de sens et serait inexécutable ; car, à moins de circonstances extraordinaires, après un usufruit qui aura duré plusieurs années, les choses restituées en même qualité et quantité ne pourront pas avoir la même valeur, puis-

(1) Delvincourt, sur l'art. 587.
(2) *De l'usufruit*, t. V, n. 2634. Voy. aussi Zachariæ, t. II, § 306.

que cette valeur est destinée à varier journellement avec les rapports de la demande et de la production ; et réciproquement celles restituées en même valeur, ne pourront pas l'être en même qualité ou quantité (1).

Du reste, l'article 587 qui donne à l'usufruitier de choses fongibles l'option de les restituer en pareille qualité et quantité, ou de n'en restituer que l'estimation, est diversement entendu par les auteurs. Suivant M. Duranton (2), si les objets soumis à l'usufruit ont été estimés lors de l'entrée en jouissance, l'usufruitier ne peut se libérer qu'au moyen du prix d'estimation; si, au contraire, il n'y a point eu d'estimation, l'usufruitier est tenu de restituer d'autres objets de même quantité et qualité, sans pouvoir en offrir la valeur estimative; de telle sorte que, d'après cet auteur, il n'a jamais l'option. Cette opinion se fonde sur la disposition de la loi 7 ff. *De usufr. earum rerum quæ usu consumuntur, vel minuuntur.* Cette loi est ainsi conçue: *Si vini, olei, frumenti, ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est : ut quandoque is mortuus aut capite diminutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur ; aut, æstimatis rebus, certæ pecuniæ nomine cavendum est : quod et commodius est.* Ce texte, dit-on, pose deux cas dans lesquels l'usufruitier, bien que la restitution ne se fasse pas de la même manière, n'a jamais le droit d'option; dans le premier cas, où les choses ne lui sont pas livrées sur estimation, il doit rendre la même quantité et qualité que celle qu'il a reçue; dans le second cas, où les choses ont été livrées sur estimation, il doit le prix auquel elles ont été évaluées. Cette interprétation de la loi romaine peut être exacte, mais elle ne saurait être suivie, en présence de l'article 587 qui permet, en termes exprès, à l'usufruitier d'opter entre la restitution en nature et la restitution de la valeur estimative. Cependant le droit d'opter doit être limité au cas où les choses n'ont pas été livrées sur estimation. Si, au contraire, l'estimation des choses a eu contradictoirement

(1) M. Rossi, *Mémoire* déjà cité, p. 10; Marcadé, sur l'art. 587; M. Demolombe, t. X, n. 294.

(2) T. IV, n. 577.

lieu à l'ouverture de l'usufruit, on doit suivre le principe que l'estimation vaut vente, principe consacré par plusieurs dispositions du Code, soit en matière de dot (1), soit en matière de donations (2), et décider que l'usufruitier ne peut rendre que cette estimation. Cette estimation contradictoirement acceptée, et la vente qui en est la conséquence, constituent une convention dérogatoire à la généralité des termes de l'article 537 qui ne défend pas de renoncer à l'option qu'il accorde en principe. Lors donc qu'il y a convention, c'est la convention qu'il faut suivre. « L'usufruitier (des choses fongibles) est distingué du propriétaire, dit Domat (3), en ce qu'il est obligé, après l'usufruit fini, de rendre, *selon la condition de son titre*, ou une pareille quantité de même nature que celle qu'il avait reçue, ou la valeur des choses au temps qu'il les a prises (4). »

Dans le cas de l'article 589, c'est-à-dire s'il s'agit de choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, l'usufruitier est libéré en les restituant dans l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit, quelque détériorées qu'elles soient, pourvu que cette détérioration ne provienne que de l'usage auquel elles étaient destinées.

Mais ici encore, il faut remarquer, comme dans le cas de l'article 587, que, si la prise de possession de l'usufruitier avait été précédée d'une estimation contradictoire, alors *il serait* réputé acquéreur des objets soumis à son usufruit, et tenu, à la fin de la jouissance, de restituer cette valeur estimative. Ici encore, c'est la convention qui ferait la loi des parties ; et on devrait présumer que l'usufruitier, en consentant à l'estimation, a pris à sa charge la détérioration des objets, les cas fortuits qui peuvent les détruire, et qu'il s'est reconnu débiteur, quelle que chose qui arrive, du montant de l'estimation (5).

1410. L'application de ces règles qui semblent faites d'a-

(1) C. civ., 1551. *Dos æstimata, dos vendita.*

(2) C. civ., 868. — Voy. Furgole, sur l'art. 9 de l'ord. de 1747, sur les *Substitutions.*

(3) *Lois civiles*, liv. II, tit. II, sect. III, n. 7.

(4) V. Marcadé, sur l'art. 587, et M. Demolombe, t. X, n. 293.

(5) M. Duranton, t. IV, n. 519.

près le texte même et les exemples explicatifs qu'il renferme, pour les choses servant aux usages de la vie, n'est pas sans difficulté quand il s'agit de choses engagées dans une exploitation commerciale ou manufacturière, par exemple d'un fonds de commerce et de ses accessoires.

Nous avons déjà vu qu'un fonds de commerce se compose de l'achalandage, du matériel d'exploitation et de marchandises, c'est-à-dire de choses qui sont de nature différente, puisque les unes, telles que l'achalandage et le matériel, ne sont pas susceptibles de se consommer de suite par l'usage, tandis que les marchandises destinées à être vendues se consomment civilement par la vente ou en d'autres termes par le premier usage qui en est fait: de telle sorte que, considérés séparément les uns des autres, l'achalandage, le matériel d'exploitation et les marchandises, se trouvent soumis à des règles diverses : l'achalandage et le matériel, à l'article 589, aux termes duquel l'usufruitier n'est obligé de rendre les choses, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent non détériorées par son dol ou par sa faute ; et les marchandises, à l'article 587, qui donne à l'usufruitier l'option de restituer les choses, en pareille qualité et quantité, ou de restituer leur valeur estimative.

Mais considéré en lui-même et comme réunion de ces divers éléments, qui, séparés, ne constituent pas un fonds de commerce, le fonds de commerce est un corps universel qui ne se consomme point de suite par l'usage ou l'exploitation, puisque cette exploitation ne peut avoir lieu sans le remplacement partiel ou intégral des marchandises, à mesure qu'elles en sortent par la vente. Sous ce point de vue, le fonds de commerce serait uniquement régi par l'article 589, et il suffirait à l'usufruitier de le rendre à la fin de l'usufruit dans l'état où il se trouverait, non détérioré par son dol ou par sa faute, mais plus ou moins garni selon que le remplacement des marchandises vendues aurait été opéré avec plus ou moins de promptitude et d'une manière plus ou moins complète.

Cependant, hâtons-nous de le dire, cette conclusion est inadmissible.

Si, relativement au vendeur ou à l'acheteur, et même relativement à celui qui le possède à titre de propriétaire, le fonds de commerce peut constituer un corps universel dans lequel se confondent les divers éléments dont il se compose, il en est autrement relativement à l'usufruitier, et au propriétaire qui se trouve en présence de l'usufruitier. L'usufruitier qui a reçu des réalités ne peut se libérer avec des abstractions. Il a reçu des marchandises, il doit rendre des marchandises; il a reçu un achalandage, il doit rendre cet achalandage, chaque chose suivant la manière qui lui est propre. Mais il ne pourrait être libéré en rendant, après une exploitation inintelligente, quoique exempte de dol ou de fraude, un fonds mal garni et dont il aurait absorbé la substance.

Il faut donc, à moins de conventions contraires sur le mode de restitution, distinguer l'achalandage et le matériel des marchandises et appliquer à chacun des règles diverses, selon la diversité de leur nature. Mais quelles sont ces règles? Sont-elles invariablement, pour les marchandises, celles de l'article 587; et pour l'achalandage et le matériel, celles de l'art. 589?

Occupons-nous d'abord des marchandises.

Suivant M. Proudhon (1), il faut distinguer entre les qualités individuelles des marchandises. S'il s'agit des marchandises qui, d'après leur nature particulière, se consomment par le premier usage, et qu'il est toujours facile de remplacer par d'autres marchandises de même nature et qualité, telles que celles qui composent un fonds d'épicerie, le blé, le bois, l'article 587 est applicable, et l'usufruitier a l'option entre la restitution des choses de même quantité et qualité, et la restitution de leur valeur estimative. Si, au contraire, il s'agit de draps, de toiles, de tissus, dont la qualité est variable, et dont la valeur suit la mode, l'usufruitier ne peut se libérer qu'en remboursant la valeur estimative des marchandises au moment de l'ouverture de l'usufruit.

Cette distinction ne me paraît pas admissible. M. Proudhon établit une différence entre les marchandises qui se consom-

(1) *De l'usufruit*, n. 1010 et suiv.

ment de suite entre les mains de l'acheteur, et celles qui résistent au premier usage qui en est fait par l'acheteur. Ainsi, le blé, les épiceries, se consomment de suite; les tissus, les draps, les toiles, résistent à l'usage et subissent seulement une détérioration plus ou moins lente. Mais cette différence, qui semble avoir influé sur l'opinion de M. Proudhon, est sans intérêt. C'est entre les mains de l'usufruitier qu'il faut considérer les marchandises, et non entre les mains de l'acheteur. Or, quel que soit le sort de chaque marchandise entre les mains de l'acheteur, toutes subissent la même consommation entre les mains du marchand usufruitier, puisque toutes sont destinées à être vendues, et que, par la vente, elles se consomment toutes civilement et de la même manière. Entre les mains de l'acheteur, elles subissent une consommation réelle qui ne peut avoir aucune influence sur la consommation civile qui a lieu par l'effet de la vente. Donc, sous ce rapport, le droit d'option consacré par l'article 587 est applicable aux unes comme aux autres.

Le motif pris de ce que certaines marchandises peuvent toujours être restituées en pareille quantité et qualité, tandis que les variations de la mode et les différences de fabrication rendent difficile la restitution des autres, est-il mieux fondé? Je ne le crois pas. Si certains objets de commerce sont variables, ce n'est pas une raison pour que celui qui en a reçu pour une valeur déterminée à l'ouverture de son usufruit, ne puisse pas en rendre la même valeur lorsque l'usufruit prend fin. Il ne rendra pas identiquement et *in specie* les mêmes qualités et quantités qu'il a reçues ; mais il rendra des marchandises qui, à la cessation de l'usufruit, représentent d'après estimation les mêmes qualités et quantités. Il y a peu de commerces où la restitution identique des mêmes sortes ne causât un grave préjudice au nu-propriétaire qui recevrait des objets invendables. Dans un commerce de draps, on rendra des draps de la couleur, de la largeur adoptées au moment de la restitution; de même dans le commerce des soies, de même dans celui des nouveautés. On suivra la mode, pourvu qu'en définitive le propriétaire reçoive des quantités et qualités qui

représentent exactement les qualités et quantités reçues par l'usufruitier.

Je pense donc que dans ces cas divers l'usufruitier a, pour se libérer, l'option que lui laisse l'article 587 (1).

Dans les mêmes cas, l'achalandage étant naturellement entretenu par l'exploitation, l'usufruitier n'est tenu à le restituer que dans l'état où il se trouve à la cessation de l'usufruit, pourvu qu'il ne soit pas détérioré par son dol ou par sa faute (2).

Quant au matériel d'exploitation, tel que meubles, comptoirs, instruments, machines, qui ne s'usent et ne se détériorent que par un long usage, l'usufruitier n'est également tenu de les restituer que dans l'état où ils se trouvent (3); en remarquant toutefois que les objets servant à l'exploitation et leur entretien étant indispensable à l'exploitation, et, conséquemment, à la conservation du fonds, l'usufruitier est tenu de les entretenir, de les réparer, de les remplacer même pendant la durée de son usufruit, et qu'il pourrait, suivant les circonstances, être reconnu en faute, s'il rendait ces objets dans un état ancien de délabrement tel que la valeur même du fonds en fût compromise.

Au surplus, les règles qui précèdent peuvent être modifiées par les conventions des parties desquelles il résulterait que l'usufruitier s'est interdit l'option que lui laisse l'article 587, soit en s'engageant à ne rendre que des marchandises (4), soit en s'engageant à les rendre suivant l'estimation au moment de l'ouverture de l'usufruit, obligation qui résulterait, comme nous l'avons vu plus haut (5), de ce qu'il aurait reçu le fonds sur estimation. Mais, dans les cas ordinaires, la renonciation au droit d'opter ne se présume pas; aussi a-t-il été jugé, le 5 juillet 1824, par la cour de Rouen, que la veuve usufrui-

(1) Cass., 9 mess., an XI, S., 1, 1, 823; Toulouse, 18 déc. 1832, *Ibid.*, 33, 2, 209; Marcadé, sur l'art. 587; M. Demolombe, t. X, n. 308 et suiv.

(2) Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Fonds de com.*, n. 6 et 7.

(3) *Ibid.*, n. 9 et 10.

(4) Cass., 10 avril 1814, S., 4, 1, 553.

(5) Voy. *sup.*, n. 1409.

tière du fonds de commerce de son mari décédé peut n'en rendre que la valeur estimative, et n'est pas tenue de restituer à ses enfants les marchandises en nature, alors même que dans l'inventaire elle s'est expressément chargée de *régir*. On ne serait pas fondé à conclure de là qu'elle s'est obligée à régir pour le compte de ses enfants, et qu'elle doit leur restituer les marchandises (1).

1411. Jusqu'ici j'ai raisonné dans l'hypothèse où le fonds de commerce se compose, outre l'achalandage, de marchandises proprement dites, c'est-à-dire d'objets matériels destinés à être vendus après avoir été achetés; mais il peut arriver que ces objets ne figurent qu'accessoirement dans la valeur et la consistance du fonds de commerce, et que cette valeur réside surtout dans la propriété d'un objet incorporel, dont l'exploitation constitue le commerce ou l'industrie soumis à l'usufruit. Ainsi, au fonds de commerce peuvent être attachés un brevet d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique dont la durée est limitée par la loi (2); ou simplement une idée, telle qu'un secret de fabrication qui, sans être protégée par aucun droit privatif, fait cependant la fortune du fonds de commerce en lui donnant une vogue qui doit s'user avec l'idée qui la soutient.

Ici la thèse change : on doit alors considérer dans le fonds de commerce, non les marchandises produites par l'exercice des droits primitifs ou par l'idée qui y sont attachés, mais bien les droits privatifs ou l'idée qui donnent la valeur aux marchandises dont ils assurent le débit tant que le droit durera ou que l'idée aura la vogue, et sans lesquels le fonds n'existerait pas de la même manière et dans les mêmes conditions. Or, une idée qui ne peut se soutenir que pendant un certain temps ; des droits de propriété industrielle, artistique ou littéraire, dont la durée est nécessairement limitée, ne peuvent faire l'objet d'un usufruit ordinaire. Ces objets sont la substance même de la chose soumise à l'usufruit ; et comme cette chose s'use et se consomme sans pouvoir être ni entretenue, ni rem-

(1) Cass., 10 avril 1814, S., 7, 2, 398.
(2) Voy. le chap. suiv.

placée, il en résulte qu'on ne peut la ranger ni dans la classe de celles qui s'usent par le premier usage qui en est fait, et qu'on peut rendre en pareille quantité et qualité; ni dans la classe de celles qui se détériorent peu à peu par l'usage, et qu'il suffit de rendre dans l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit, puisqu'il est de leur nature de s'user complétement dans un temps donné qui peut ne pas dépasser la durée d'un usufruit ordinaire; de telle sorte que si la restitution de ces choses incorporelles était régie soit par les dispositions de l'article 587, soit par celles de l'article 589, il arriverait presque toujours que l'usufruitier absorberait et consommerait la substance même du fonds, et n'aurait à restituer au propriétaire qu'un fonds déprécié ou une valeur insignifiante. Dans ce cas donc, il faut décider que l'usufruitier ne peut se libérer qu'en rendant la valeur estimative du fonds au moment de l'ouverture de l'usufruit, et que, moyennant cette restitution, il en reste propriétaire. Accepter un usufruit dans de pareilles conditions, c'est se rendre acquéreur du fonds de commerce: l'usufruit n'est que le droit de jouir à la charge de restituer, d'où il résulte que, lorsqu'il se trouve établi sur une chose dont on ne peut jouir sans la consommer, et qui, en même temps, est de telle nature qu'elle ne peut être restituée en choses de pareilles quantité et qualité, il n'y a que la valeur de restituable; et que l'usufruitier devient forcément le maître de la chose, à la charge d'en payer la valeur au propriétaire à la fin de l'usufruit, comme dans le cas où il s'agit de choses qu'il a reçues sur estimation.

Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation dans une espèce où il s'agissait d'un fonds de commerce de marchand d'estampes, auquel étaient attachées des planches gravées. On a considéré que l'usage fait pendant la durée de l'usufruit de ces planches gravées consommait nécessairement la valeur du fonds, en multipliant le nombre des estampes dont le débit devait s'épuiser, et que l'usufruitier, qui, dans ces circonstances, s'était chargé du fonds d'après la valeur fixée par l'inventaire, et à ses risques et périls, ne pouvait se libérer en rendant le fonds dans l'état où il se trouvait à la fin de l'usu-

fruit, mais qu'il devait rendre sa valeur estimative déterminée par l'inventaire (1).

Mais il en serait autrement si l'usufruitier n'en avait accepté l'usufruit qu'à la condition de rendre le fonds dans l'état où il se trouverait à la fin de sa jouissance, et avait stipulé qu'il n'entendait pas s'en charger à ses périls et risques. Toutefois une pareille stipulation ne pourrait avoir lieu que s'il s'agissait d'un usufruit établi par la volonté de l'homme, et si l'usufruitier se trouvait en présence d'un nu-propriétaire capable de contracter. Si, au contraire, il s'agissait de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs (2), les père et mère qui ne pourraient changer conventionnellement les conditions naturelles de l'usufruit, seraient tenus, dans l'hypothèse qui précède, de rendre la valeur estimative du fonds de commerce, à moins toutefois qu'ils n'aimassent mieux, en renonçant à l'usufruit, se borner à gérer le fonds pour le compte des mineurs; mais, dans ce cas, ils ne pourraient être admis à restituer le fonds en nature qu'en rendant compte de leur gestion, et en restituant en même temps les profits constatés par ce compte.

1412. Je serais porté à appliquer à l'usufruit d'un fonds de commerce de banque, tout ce qui vient d'être dit relativement au fonds de commerce qui consiste principalement dans la valeur d'une chose incorporelle. La marchandise d'une maison de banque, c'est la monnaie métallique ou de papier; et il n'est pas assurément impossible de restituer à la fin d'un usufruit, la somme en argent ou en papier qui formait l'actif de l'établissement au moment de l'ouverture de l'usufruit. Mais, à côté de cet actif, il y a le crédit qui est une chose fragile, facile à perdre, difficile à recouvrer, et que l'usufruitier peut consommer sans retour. Il y a aussi la correspondance et les relations qu'il ne faut pas confondre avec la clientèle et l'achalandage : comme le crédit, ces relations font partie intégrante et constitutive du fonds, et peuvent

(1) Cass., 13 déc. 1842, S., 43, 1, 22. Voy. aussi Paris, 27 mars 1841, S., 41, 2, 529.
(2) C. civ., 384.

être rompues par le fait de l'usufruitier, sans qu'il y ait faute de sa part. Celui-ci peut donc se trouver dans l'impossibilité de restituer ces différents éléments, s'ils lui échappent par suite de l'usage qu'il en a fait. Il n'a dès lors qu'un moyen de s'acquitter équitablement envers le nu-propriétaire : c'est de lui rendre, à la cessation de sa jouissance, la valeur estimative du fonds au moment de l'ouverture de l'usufruit, ce qui l'en constitue en quelque sorte l'acquéreur et laisse le fonds à ses risques et périls.

On peut en dire autant, et par des motifs analogues, lorsque l'usufruit porte sur une maison de commission.

1413. Voici donc, en résumé, et sauf les modifications que les circonstances dans lesquelles l'usufruit est constitué, pourraient exercer sur les obligations de l'usufruitier, relativement au mode de restitution, les règles générales d'après lesquelles on doit se guider.

Quand l'usufruit porte sur un fonds de commerce composé de marchandises corporelles qui, se consommant par la vente qui en faite, peuvent être instantanément remplacées au moyen d'achats, il est régi, quant aux marchandises, par l'article 587 : c'est-à-dire que, à la cessation de l'usufruit, l'usufruitier a l'option de restituer ou les marchandises en pareilles quantité et qualité, ou leur valeur estimative. Quant à l'achalandage et quant aux accessoires, tels que meubles, machines, ustensiles, il est régi par l'article 589 : c'est-à-dire que l'usufruitier est libéré en les restituant dans l'état où ils se trouvent, non déteriorés par son dol ou par sa faute, et à la charge d'avoir entretenu les objets susceptibles d'entretien en état de remplir leur destination.

Quand, au contraire, le fonds de commerce consiste principalement en objets incorporels, tels que brevets d'invention, droits de propriété littéraire ou artistique, crédit, correspondances, toutes choses qui se consomment ou peuvent se consommer par l'usage qu'en fait l'usufruitier, et qui ne peuvent être remplacées par lui, on doit décider qu'en s'en chargeant il les prend à ses risques et périls, qu'il en devient acheteur et qu'il ne peut se libérer à la fin de l'usufruit qu'en payant

au propriétaire la valeur intégrale du fonds suivant son estimation au jour de l'ouverture de l'usufruit. Ici peut s'appliquer la décision du § 16 de la loi 77 ff. *de legatis* 2°, qui, dans un cas analogue, considère comme acheteur le légataire d'un établissement commercial chargé de le rendre aux héritiers du testateur : *mensæ negotium ex causâ fideicommissi susceptum emptioni simile videtur.*

1414. Pour garantir l'exécution des obligations de l'usufruitier, la loi exige qu'avant d'entrer en jouissance il fasse dresser à ses frais un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles sujets à l'usufruit (1). Néanmoins, faute de remplir ce devoir, l'usufruitier n'encourt pas la déchéance de son droit ; seulement il sera réputé avoir reçu les immeubles en bon état, et à la fin de l'usufruit, le propriétaire sera admis à prouver l'importance du mobilier par toute sorte de preuves, même par commune renommée (2). Un testateur ou un donateur peut d'ailleurs, en constituant un usufruit, dispenser l'usufruitier de faire inventaire, pourvu que cette dispense ne porte point atteinte aux droits des créanciers ou des héritiers à réserve ; mais cette dispense n'empêche pas le propriétaire ou ses héritiers de faire lui-même cet inventaire à ses frais, de telle sorte qu'elle n'a d'autre effet que de mettre à la charge du propriétaire ou de ses héritiers les frais de l'inventaire qui, sans cela, resteraient à la charge de l'usufruitier (3).

De plus l'usufruitier est tenu de fournir caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est pas dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit. Cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants, le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution (4).

Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les articles 602 et 603 du Code prescrivent certaines mesures conservatoires

(1) C. civ., 600.
(2) Toullier, t. III, n. 421 ; Proudhon, t. II, n. 784 et 795 ; Marcadé, sur l'art. 600.
(3) Locré, sur l'art. 600 ; Proudhon, t. II, n. 800 et suiv.
(4) C. civ., 601.

dont l'application peut se faire aux matières commerciales.

Aux termes de l'article 602, si l'usufruitier ne fournit pas caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé : les intérêts de ces sommes et le prix des fermes appartiennent dans ce cas à l'usufruitier. L'article 603 ajoute que, dans le même cas, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage, soient vendus pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit.

Lors donc qu'il s'agit d'immeubles affectés à une usine, à une manufacture, il faut les louer à la charge d'en maintenir l'emploi; s'il s'agit d'un fonds de commerce, qui se compose à la fois de choses fongibles et non fongibles, il faut le vendre et en placer le prix.

CHAPITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE ET INDUSTRIELLE.

SOMMAIRE. — 1415. Objet du chapitre II.

1415. Le droit des auteurs, des artistes, des inventeurs sur les produits de leur intelligence, n'a pas toujours été reconnu d'une manière aussi positive qu'il l'est aujourd'hui; et aujourd'hui même qu'il est reconnu par la loi dans de certaines limites, son principe reste livré à la controverse; les systèmes se le disputent, et aux yeux de plus d'un publiciste, ce qui est n'est pas ce qui devrait être.

Le plan de cet ouvrage ne me permet pas de me livrer à des développements très-étendus sur une matière aussi spéciale à laquelle seule peuvent suffire des traités particuliers, qui d'ailleurs ne lui manquent pas. Cependant la propriété littéraire, artistique ou industrielle joue un si grand rôle dans les affaires commerciales, que je ne puis m'empêcher de rap-

peler ici quelques principes généraux, soit sur le fondement même de ce droit, soit sur les conditions légales de son établissement, soit sur les garanties que la loi lui accorde. Je serai très-bref et ne toucherai que les points capitaux.

SECTION I. — DU DROIT DES AUTEURS, ARTISTES ET INVENTEURS.

SOMMAIRE. — 1416. Fondement philosophique de la propriété littéraire, artistique ou industrielle. — 1417. Système contraire. — 1418. Limites naturelles et nécessaires de cette espèce de propriété. — 1419. De la propriété des marques et des noms.

1416. On l'a dit souvent, la pensée de l'homme est la partie la plus intime de son être. La pensée est la partie essentielle de l'homme, la manifestation de son existence, l'émanation spirituelle de son intelligence divine.

Tant que la pensée reste dans l'esprit de l'homme, et qu'elle ne se produit par aucune émanation extérieure, nul autre que celui en qui elle est née, ne peut y prétendre. La propriété de l'idée est ici la propriété de la personne, ou plutôt il n'y a aucun objet sur lequel puisse s'exercer un droit de propriété proprement dit, puisque la propriété suppose une chose exposée à des prétentions diverses, et sur laquelle quelqu'un acquiert un droit privatif, tandis que lorsqu'il s'agit d'une pensée non émise, elle est à l'abri de toute prétention de la part des tiers.

Mais lorsque l'idée se manifeste extérieurement, quand elle revêt une forme matérielle, et vient frapper les sens de la multitude, alors il y a un objet sur lequel des prétentions contraires peuvent s'exercer. Cet objet n'est pas l'idée ou la pensée considérée en elle-même ou d'une manière abstraite ; car, sous ce point de vue, la pensée, une fois émise et publiée, peut entrer dans toute les intelligences et appartient, dès lors, à droit égal, à toutes les intelligences capables de la percevoir. Cet objet consiste dans le droit de fixer l'idée, de la reproduire d'une manière matérielle et visible, d'en rendre la communication permanente et profitable. Et c'est ici que se présente la question de savoir si ce droit est susceptible

d'appropriation, s'il peut être le domaine privé d'un seul, ou s'il doit être laissé dans le domaine public pour être à la disposition et à l'usage de tous.

Or, quelle que soit la distance qui sépare l'esprit de a matière, il y a des assimilations si naturelles qu'on ne peut résister à leur influence. De même que celui qui, avec le travail de ses mains, a produit un objet matériel, en est propriétaire tant qu'il ne l'a pas aliéné, de même aussi celui dont l'intelligence a produit une idée est propriétaire de cette idée et de ses résultats, soit qu'ils consistent dans une œuvre littéraire ou artistique, soit qu'ils consistent dans une invention industrielle. Il en est propriétaire, en ce sens que, s'il ne peut empêcher personne de comprendre l'idée et d'en profiter intellectuellement, seul il peut la matérialiser, la fixer, la reproduire par des moyens qui la mettent à la portée de tous. Il en a, si je puis parler ainsi, non-seulement le domaine direct et honorifique, mais aussi le domaine utile. La société profite du produit littéraire, artistique ou industriel qui augmente la somme de ses connaissances, de son bien-être et de ses jouissances physiques ou morales ; mais l'auteur et l'inventeur seuls ont le droit d'en retirer les profits industriels et commerciaux.

1417. Cependant ce droit de propriété est vivement contesté. On a prétendu, surtout dans ces derniers temps, que la pensée et ses œuvres n'étaient pas susceptibles d'appropriation; et tout en reconnaissant que l'auteur, l'artiste ou l'inventeur ne peuvent être privés de tout droit sur les produits de leur intelligence, on a assimilé un livre, une œuvre d'art, une invention, à une prestation de services envers la société, dont l'auteur devait être récompensé par la jouissance temporaire d'un droit qu'on a appelé droit de copie, de reproduction ou d'exploitation (1).

Mais je ne puis voir dans ce système qu'une confusion entre la pensée, être abstrait, qui, bien évidemment, ne peut

(1) Voy. le *Traité des droits d'auteur* de M. Renouard, t. I, p. 433 et suiv.; et le *Traité des brevets d'invention* du même auteur, p. 17 et suiv. de la nouvelle édition.

être susceptible d'appropriation tant qu'elle n'a pas été fixée et matérialisée en quelque sorte par un procédé de publication, et l'exploitation de la valeur vénale de cette pensée ainsi fixée et matérialisée. Il y a là deux choses complétement distinctes. Un livre est fait pour être lu; la musique pour être exécutée ; un mécanisme pour être appliqué. L'auteur d'un livre, d'une symphonie, d'une invention mécanique, ne peut donc pas empêcher que le livre qu'il a fait imprimer, la musique qu'il a fait graver, l'invention qu'il a publiée, ne soient employés aux usages auxquels lui-même les a destinés, et sans lesquels son œuvre n'aurait aucune valeur vénale. Mais à qui appartient cette valeur vénale? Est-ce que ceux qui, en lisant le livre, en exécutant la musique, en se servant du mécanisme, perçoivent intellectuellement l'idée qu'ils renferment, s'approprient par cela même cette valeur vénale? Évidemment non ; car il n'y a aucun rapport entre la faculté de comprendre et de percevoir une idée, et le droit de la reproduire pour profiter de sa valeur vénale. Cependant, si cette valeur vénale existe, ce qui n'est pas contestable, il faut bien qu'elle appartienne à quelqu'un ; et puisque ceux qui perçoivent l'idée ne puisent aucun droit de propriété dans cette perception, il faut de toute nécessité reconnaître qu'elle appartient à l'auteur ou à l'inventeur qui peut seul dès lors réaliser cette valeur par l'exploitation.

Au lieu de ce droit de propriété, attribuer à l'auteur un droit de jouissance, de copie ou de reproduction, comme indemnité d'un service par lui rendu à la société, me paraît une idée plus spécieuse que juste. La société n'est tenue de récompenser que les services qu'on a voulu lui rendre ; et s'il est vrai qu'elle profite des travaux des auteurs ou des inventeurs, il n'est pas également vrai que les auteurs et les inventeurs aient travaillé pour rendre service à la société. Ils cherchent sans doute à se rendre utiles; mais sans vouloir ici nier complétement le désintéressement des auteurs et des inventeurs, ni faire un dieu de l'intérêt personnel, il ne me semble pas douteux qu'ils cherchent d'abord l'intérêt de leur fortune ou de leur réputation. Je ne vois pas dès lors comment la société

serait tenue de payer uniformément un service qu'on n'a pas toujours voulu lui rendre, par la concession d'un droit qui, s'il n'était pas fondé sur la nature même des choses, ne serait plus qu'un monopole fondé sur l'arbitraire. Combien d'œuvres, d'ailleurs, dans les lettres, dans les sciences, dans les arts et dans l'industrie, dont la société aurait, si cela eût dépendu d'elle, refusé le présent comme lui étant plus nuisibles qu'utiles, et que, cependant, elle récompenserait aveuglément !

Il faut donc admettre en principe le droit des auteurs et des inventeurs à la propriété de leurs œuvres.

1418. Mais si le droit de propriété des auteurs et des inventeurs sur les produits de leur intelligence existe naturellement, et si, considéré en lui-même, il ne diffère en rien du droit de propriété sur les autres choses susceptibles d'appropriation, il faut reconnaître cependant que les nécessités sociales peuvent en modifier l'exercice et le soumettre à des règles toutes particulières. En effet, dans un état de société tel que le nôtre, il est manifeste que l'auteur, l'artiste ou l'inventeur, quel que soit son génie, quelque originales que soient ses productions, ne les doit pas à lui seul. Il n'y a pas d'idée sans précédents et qui ne se rattache à une idée antérieure dont elle est la conséquence et le perfectionnement. Celui qui invente ou qui crée profite donc des travaux de ses devanciers qu'il ne fait que continuer, des idées déjà répandues dans la société, des moyens que des intelligences antérieures ont mis à sa disposition, et de la masse de forces qui, réunies par les siècles passés et auxquelles chaque jour apporte son contingent, augmente les forces individuelles. La société, ou plutôt la somme des connaissances acquises à la société, est donc de moitié dans toutes les inventions, dans toutes les productions nouvelles. D'un autre côté, c'est la société qui les rend utiles et profitables, qui leur donne une valeur vénale, puisque les œuvres des arts, de la littérature et de l'industrie, ne valent que par l'usage et la consommation qui en est faite, et que, si elles étaient stériles pour la société, elles seraient stériles pour les auteurs et les inventeurs eux-mêmes.

On comprend dès lors que les droits des auteurs et des inventeurs à la propriété de leurs œuvres ne peuvent être aussi absolus que la propriété des autres choses susceptibles d'appropriation, puisque la société, qui prête son concours à toute œuvre et à toute création nouvelle, en est en quelque sorte copropriétaire. L'intervention de la loi est donc nécessaire pour régler l'usage de cette propriété indivise et en faire un partage équitable entre l'auteur et la société. Et le seul moyen de faire ce partage est d'accorder à l'auteur ou à ses représentants une jouissance temporaire exclusive, après laquelle l'œuvre ou l'invention tombe dans le domaine public. La durée de cette jouissance peut varier selon les temps, selon les lieux et selon la nature du produit auquel elle s'applique; la controverse peut s'établir sur la convenance qu'il peut y avoir à l'étendre ou à la restreindre; mais le fondement même de cette limitation d'un droit qu'on ne peut considérer abstractivement des droits antérieurs et contemporains sur lesquels il s'implante, me semble en dehors de toute contestation possible.

Tel est aussi le principe sur lequel repose notre législation : soit qu'elle régisse la propriété littéraire ou artistique, soit qu'elle régisse la propriété industrielle, c'est une propriété temporaire qu'elle garantit aux auteurs et aux inventeurs (1).

1419. Il faut remarquer, du reste, que cette limitation du droit de propriété ne peut s'appliquer à toute espèce de propriété industrielle, mais seulement à ce qui est considéré comme création, invention ou produit; elle ne s'applique pas aux signes distinctifs des produits. C'est pourquoi la marque qu'un fabricant appose sur ses produits, pour les distinguer des autres produits de même nature, constitue une propriété nécessairement perpétuelle, comme le nom même du fabricant et comme sa signature. Cette observation trouvera plus tard son application (2).

(1) Voy. sur la propriété littéraire, outre les ouvrages de M. Renouard, M. Nion, *Droits civils des Auteurs;* M Ét. Blanc, *De la contrefaçon ;* M. Calmels, *De la propriété des œuvres de l'intelligence;* MM. Pataille et Huguet, *Code de la propriété artistique et littéraire;* MM. Lacan et Paulmier, *Législ., des théâtres ;* M. Wolowski, *De la propriété littéraire.*

(2) Voy. *inf.*, n. 1423.

SECTION II. — CONDITIONS LÉGALES ET DURÉE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE OU INDUSTRIELLE.

SOMMAIRE. — 1420. Objets de ces différentes sortes de propriété. — 1421. Conditions de l'exercice et durée de la propriété littéraire et artistique. Écrits, musique, dessin, peinture, gravure, sculpture. Ouvrages posthumes. — 1422. Propriété des nouvelles découvertes ou des inventions industrielles. Brevets d'invention. — 1423. Propriété des marques et des noms. — 1424. Dessins de fabrique et sculpture industrielle.

1420. La propriété littéraire a pour objet les écrits, les livres imprimés et les pièces de théâtre ; la propriété artistique, qui est soumise à peu près aux mêmes règles, s'applique aux compositions musicales, aux arts du dessin, tels que la peinture, la sculpture, la gravure et l'architecture. Quant à la propriété industrielle, elle embrasse celle des inventions et découvertes dans tous les genres d'industrie, des dessins connus sous le nom de dessins de fabrique, enfin des marques, noms, enseignes ou signes distinctifs adoptés par les marchands ou fabricants.

L'exercice de ces diverses sortes de propriété n'est pas soumis à des règles uniformes, soit quant à ces conditions, soit quant à sa durée ; en certains cas son établissement est même affranchi de toutes conditions préalables, dans d'autres la durée est illimitée; mais le droit commun en cette matière, et alors surtout qu'il s'agit des objets de propriété les plus importants, exige des conditions préalables d'exercice et borne la durée de la jouissance.

1421. Nous allons passer en revue les divers objets de propriété intellectuelle, et indiquer les règles qui leur sont propres.

Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui font graver des tableaux ou dessins, jouissent durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages, et d'en céder la propriété en tout ou en partie (1).

(1) Loi du 19 juillet 1793, art. 1. — Il a été jugé par la cour de Paris, le 21 juin 1858, S., 59, 2, 113, qu'au cas d'une œuvre littéraire due à la colla-

Après le décès de l'auteur, ce droit dure encore pendant cinquante ans au profit du conjoint, des héritiers, des successeurs irréguliers, des donataires, des légataires ou des cessionnaires de l'auteur. La loi du 14 juillet 1866, modificative des lois antérieures, a voulu circonscrire et faire tenir dans ce délai fixe de cinquante ans tous les droits de jouissance ou d'hérédité qui survivent à l'auteur (1).

Les propriétaires par succession ou à tout autre titre d'un ouvrage posthume ont les mêmes droits que l'auteur, à la charge toutefois de ne pas joindre l'ouvrage posthume à une nouvelle édition d'écrits tombés dans le domaine public ; car autrement, et au moyen de cette adjonction, l'éditeur d'une œuvre posthume ferait rentrer dans le domaine privé des ouvrages qui en sont déjà sortis (2). Il suit de là que si un ouvrage posthume était joint par celui qui en est propriétaire à des œuvres sur lesquelles les héritiers ou cessionnaires de l'auteur auraient encore un droit privatif, ceux-ci acquerraient sur l'ouvrage posthume le même droit que sur les œuvres dont ils sont déjà propriétaires.

L'exercice de la propriété littéraire ou artistique est soumis à l'accomplissement d'une formalité préalable qui consiste dans le dépôt d'un certain nombre d'exemplaires de l'ouvrage entre les mains d'une autorité à ce préposée. Il y a eu beaucoup de variations à cet égard dans la législation, soit quant au lieu du dépôt, soit quant au nombre des exemplaires qui doivent être déposés. Aujourd'hui les exemplaires, au nombre de deux, s'il s'agit d'un ouvrage imprimé, et de trois, s'il s'agit de gravures, doivent être déposés, à Paris, à la direc-

boration de plusieurs auteurs, l'expiration du délai de la jouissance légale des héritiers de l'un d'eux fait tomber dans le domaine public la part de propriété qui leur appartenait; que ces héritiers ne sont pas fondés à prétendre que l'existence des droits des auteurs survivants a pour effet de conserver par indivisibilité les leurs; et que, de leur côté, les auteurs survivants ne peuvent prétendre que l'extinction des droits du collaborateur décédé doit leur profiter et leur assurer la totalité des produits de l'œuvre commune.

(1) Voy. *sup.*, n. 1274 et suiv.

(2) Décret du 1er germ. an XIII.

tion de la librairie, au ministère de l'intérieur; dans les départements, aux secrétariats des préfectures (1). Bien que les diverses dispositions législatives qui règlent cette matière ne parlent pas en termes exprès des compositions musicales, on doit cependant les considérer soit comme impressions, soit comme gravures, et leur appliquer dès lors la nécessité du dépôt.

Mais le dépôt n'est pas requis pour les ouvrages de peinture et de sculpture. On ne peut avoir plusieurs exemplaires d'un tableau ; et s'il est possible de tirer par le moulage des copies d'une sculpture, on comprend que la forme et la dimension des produits sculptés résistent à un dépôt qui deviendrait aussi difficile et aussi embarrassant quand il s'agit de statues, qu'il est facile et commode lorsqu'il s'agit de livres ou de gravures (2).

Au surplus, il faut avoir bien soin de remarquer que ce dépôt pour lequel aucun délai fatal n'est déterminé, n'établit point le droit de propriété du déposant. C'est tout au plus une présomption qui peut être combattue par toute preuve contraire, faite par celui qui élèverait des prétentions à la même propriété. Ce dépôt n'est pas non plus constitutif du droit de l'auteur (3). Mais, dans tous les cas où il est nécessaire, il devient la condition de l'exercice du droit privatif, en ce sens que, tant que celui qui se prétend auteur n'a pas fait le dépôt, il n'a aucune action en justice contre ceux qui entreprennent sur sa propriété (4).

1422. Passons maintenant à la propriété industrielle ; et d'abord occupons-nous de celle qui a pour objet une découverte ou une invention nouvelle.

Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur le droit de l'exploiter à son profit, à la charge par lui d'en demander l'autorisation au gouvernement, qui le lui accorde, au moyen d'un brevet d'in-

(1) Loi du 21 oct. 1814 ; ordonnance du 9 janv. 1828.
(2) Cass., 18 nov. 1814, S., 4, 1, 630; Douai, 3 juin 1850, S., 51, 2, 247.
(3) Cass., 15 mars 1858, S., 521, 681.
(4) Loi du 19 juillet 1793, art. 6. — Voy. *inf.*, n. 1425 et suiv.

vention (1). On considère comme inventions ou découvertes nouvelles, l'invention de nouveaux produits industriels, et l'invention de nouveaux moyens, ou l'application nouvelle de moyens déjà connus pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel (2), de telle sorte que l'idée seule, abstraction faite de son application industrielle, n'est pas brevetable.

La demande des brevets doit être formée de la manière indiquée par les articles 5 et suivants de la loi du 5 juillet 1844; et, lorsqu'elle est régulière, le brevet est délivré au demandeur, sans examen préalable, à ses risques et périls, et sans garantie, soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description qui a dû être jointe à la demande (3). Il n'y a lieu au rejet de la demande régulièrement formée que lorsqu'elle a pour objet une composition pharmaceutique ou des remèdes, ou encore des plans et combinaisons de crédit ou de finance, inventions qui ne sont pas susceptibles d'être brevetées (4).

Le brevet est accordé pour cinq, dix ou quinze années au choix du demandeur, et est soumis à une taxe payable par annuités de cent francs. Cette taxe est de cinq cents francs pour les brevets de cinq ans, de mille francs pour les brevets de dix ans, et de quinze cents francs pour les brevets de quinze ans (5). La durée des brevets ne peut être prolongée que par une loi (6).

L'inventeur ou ses ayants cause peuvent, pendant toute la durée du brevet, se réserver le droit exclusif d'exploiter les changements, perfectionnements ou additions qu'ils auraient apportés à l'invention principale, à la charge d'obtenir un certificat d'addition qui doit être demandé dans la même forme que le brevet (7).

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 1.
(2) *Ibid.*, art. 2.
(3) Loi du 5 juillet 1844, art. 9 et suiv.
(4) *Ibid.*, art., 3.
(5) *Ibid.*, art. 4 et 6.
(6) *Ibid.*, art. 15.
(7) *Ibid.*, art. 16 et suiv.

Nul autre que le breveté ne peut obtenir un brevet pour les changements, perfectionnements ou additions à l'invention qui fait l'objet d'un brevet primitif, dans l'année qui suit l'obtention de ce brevet.

Les étrangers sont comme les Français admis à obtenir des brevets d'invention en France. Un brevet peut même être accordé en France pour une invention déjà brevetée à l'étranger, mais ce brevet ne peut être accordé qu'à l'auteur seul, et pour un temps qui ne doit pas excéder la durée du brevet antérieurement pris à l'étranger (1). Ainsi se trouvent supprimés les brevets d'importation, qui, avant la loi du 5 juillet 1844, étaient accordés à tous ceux qui importaient en France une invention déjà brevetée à l'étranger (2).

Les brevets d'invention, étant accordés sans examen ni garantie, courent nécessairement le risque d'avoir pour objet, soit une chose qui n'est pas brevetable, soit une chose qui n'est plus brevetable. Aussi la loi autorise-t-elle tous ceux qui y ont intérêt à demander la nullité du brevet ou la déchéance du breveté (3).

Il y a lieu de prononcer la nullité du brevet, si la découverte, l'invention ou l'application n'est pas nouvelle, c'est-à-dire si, antérieurement au dépôt de la demande, elle a reçu, en France ou à l'étranger, une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée; si le brevet a pour objet une préparation pharmaceutique, ou des plans ou projets de banque et de finance; s'il porte sur des principes, méthodes, systèmes, découvertes et compositions théoriques, ou purement scientifiques, dont on n'a pas indiqué les applications industrielles; si l'objet du brevet est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre et à la sûreté publique; si le titre sous lequel le brevet a été demandé indique frauduleusement un objet autre que le véritable objet de l'invention, si la description jointe au brevet n'est pas suffisante pour l'exécution de l'invention, ou

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 26 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 518.
(3) Loi du 5 juillet 1844, art. 34 et suiv.

si elle n'indique pas d'une manière complète et loyale les véritables moyens de l'inventeur (1).

Il y a lieu de prononcer la déchéance du breveté, s'il n'a pas acquitté l'annuité de la taxe avant le commencement de chacune des années de la durée de son brevet; s'il n'a pas mis sa découverte en exploitation en France, dans le délai de deux ans à dater du jour de la signature du brevet, ou s'il a cessé de l'exploiter pendant deux années consécutives, à moins que, dans l'un ou l'autre cas, il ne justifie des causes de son inaction; enfin s'il a introduit en France des objets fabriqués en pays étranger et semblables à ceux qui sont garantis par son brevet (2).

1423. Il nous reste maintenant à exposer les règles relatives aux autres objets de la propriété industrielle.

Tout manufacturier ou fabricant a le droit d'appliquer sur les objets de sa fabrication une marque qui distingue ses produits de ceux des autres fabricants de la même industrie (3). Celui qui veut réserver à ses produits une marque distinctive, doit préalablement la faire connaître d'une manière légale, par le dépôt d'un modèle au greffe du tribunal de commerce de son domicile (4).

Ce dépôt ne fait pas preuve de la propriété de la marque, mais il est la condition à laquelle est subordonnée la revendication de la propriété de la marque (5). Il n'est pas davantage attributif d'un droit de propriété sur cette marque, mais il établit seulement au profit du déposant une présomption de propriété qui peut être détruite par la preuve que font d'autres fabricants d'un usage de la marque antérieure au dépôt (6).

Le dépôt n'a d'effet que pour quinze années, mais il peut toujours être renouvelé (7).

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 30 et 31.
(2) *Ibid.*, art. 32.
(3) Loi du 12 germ. an XIII; loi du 23 juin 1857, art. 1.
(4) Loi du 12 germ. an XIII, art. 18; loi du 23 juin 1857, art. 2.
(5) Loi du 23 juin 1857, art. 2.
(6) Metz, 31 déc. 1861, S., 62, 2, 311, et Montpellier, 17 juin 1861, S., 62, 2, 528.
(7) Loi du 23 juin 1857, art. 2.

1424. Il y a des dessins que, pour les distinguer des dessins artistiques et qui se rapportent aux beaux-arts, on appelle *dessins de fabrique*. Ce dessins sont destinés à être imprimés soit sur des tissus, soit sur des papiers de tenture. Le fabricant qui veut se réserver la propriété des dessins de fabrique qu'il a faits ou fait faire, est tenu d'en déposer un échantillon au secrétariat du conseil des prud'hommes, et s'il n'y a pas de prud'hommes, au greffe du tribunal de commerce, et de déclarer en même temps s'il entend s'en réserver la propriété temporaire ou perpétuelle (1). Cette propriété perpétuelle, que la loi permet au fabricant de se réserver quand il s'agit de dessins de fabrique, contraste en théorie avec les limites rationnelles qui bornent la durée de la propriété artistique et de la propriété industrielle des inventeurs. On aurait donc quelque peine à s'expliquer cette dérogation, si cette contradition ne disparaissait pas dans la pratique, parce que les dessins de fabrique étant un objet de mode, leur durée se trouve naturellement limitée par le goût passager du public.

Quant à la sculpture industrielle, elle n'est pas soumise à plus de formalités que la sculpture artistique : aucun dépôt n'est donc exigé pour en conserver la propriété (2), dont la durée, en l'absence de dispositions particulières, est régie par les mêmes principes que celle de la sculpture artistique (3).

SECTION III. — DE LA CONTREFAÇON.

SOMMAIRE. — 1425. Ce que c'est que la contrefaçon. — 1426. Contrefaçon en matière de propriété littéraire ou artistique. — 1427... En matière de brevets d'invention. — 1428... En matière de marques ou de noms. — 1429... Des dessins de fabrique et de la sculpture industrielle.

1425. Le droit privatif qui constitue la propriété littéraire, artistique ou industrielle, implique le droit de repousser les atteintes qui seraient portées à la jouissance exclusive du pro-

(1) Décret du 18 mars 1806, art. 15 et suiv. ; ord. du 17 août 1825, art. 1 et 2 ; Lyon, 11 mai 1849, S., 50, 2, 647 ; Cass., 1er juill. 1850, S., 51, 1, 785 ; 28 juill. 1856, S., 56, 1, 811.

(2) Voy. *sup.*, n. 1421.

(3) Voy. *sup.*, *ibid.*

priétaire, soit par une imitation frauduleuse plus ou moins parfaite du produit dont il a l'exploitation exclusive, soit par l'emploi des moyens dont seul il peut se servir. Cette atteinte constitue le délit de contrefaçon.

1426. En matière de propriété littéraire ou artistique, la contrefaçon consiste principalement dans la reproduction frauduleuse totale ou partielle, d'écrits, de compositions musicales de dessins, de peintures, de sculptures, ou de toute autre production gravée ou imprimée, au préjudice des auteurs et de leurs cessionnaires. Et ici, il ne faut pas confondre la contrefaçon, délit punissable, avec une imitation plus ou moins répréhensible sous le point de vue purement artistique. Tous les plagiaires ne sont pas contrefacteurs. La contrefaçon n'existe même, dans les arts, que lorsqu'un sujet est reproduit par un procédé semblable ou analogue. Ainsi le sujet d'un tableau reproduit par le moyen de la sculpture, ou le sujet d'une sculpture reproduit au moyen de la peinture, de la gravure ou du dessin, ne constituerait pas une contrefaçon, parce que, bien qu'au fond l'idée soit la même, elle se trouve modifiée dans ses résultats par la différence qui existe entre les moyens d'exécution (1).

Si l'auteur contrefait veut se contenter d'une simple réparation civile et de dommages-intérêts, il doit s'adresser aux tribunaux civils; s'il veut faire appliquer une peine, il doit porter plainte devant les tribunaux correctionnels (2).

1427. En matière de brevets d'invention, la contrefaçon qui consiste dans toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet, est punie de peines graduées selon que le contrefacteur ou son complice est l'ouvrier ou l'employé du breveté, et qui sont applicables à ceux qui ont sciemment recélé, vendu ou exposé en vente, ou introduit sur le territoire français un ou plusieurs objets contrefaits (3).

L'action correctionnelle, pour l'application de ces peines,

(1) Paris, 3 déc. 1831, S., 32, 2, 278; Dall., 32, 2, 81.
(2) C. pén., 427.
(3) Loi du 5 juillet 1844, art. 40 et suiv.

ne peut être exercée par le ministère public que sur la plainte de la partie lésée qui, au lieu de prendre cette voie, peut se borner à citer le contrefacteur à fins civiles pour obtenir des dommages-intérêts (1).

La confiscation des objets contrefaits, et, le cas échéant, celle des instruments ou ustensiles destinés spécialement à leur fabrication, doit, même en cas d'acquittement, être prononcée contre le contrefacteur, le recéleur, l'introducteur ou le débitant (2).

1428. La contrefaçon des marques de fabrique est punie de peines correctionnelles (3) prononcées sur la plainte de la partie lésée qui peut se borner à intenter une action civile devant les tribunaux civils (4).

1429. La contrefaçon des dessins de fabrique, comme la contrefaçon des marques et des noms, ouvre deux voies au poursuivant qui veut arriver à la répression du délit : la voie civile et la voie criminelle. Par la voie civile, l'action est portée devant le tribunal de commerce (5), qui accorde des dommages-intérêts; par la voie criminelle l'action est portée devant les tribunaux correctionnels (6).

Il en est de même si la contrefaçon s'est exercée sur des objets de sculpture industrielle : elle est régie soit par les règles de la propriété artistique, s'il s'agit d'objets d'art (7), soit par les règles sur les dessins de fabrique, s'il s'agit d'objets industriels dépourvus de tout caractère artistique (8).

Je me suis borné, comme on le voit, à de simples indications. Mais elles peuvent suffire pour mettre le lecteur en garde contre les difficultés et lui faciliter les moyens d'en trouver la solution.

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 45 et 48.
(2) *Ibid.*, art. 49.
(3) Loi du 23 juin 1857, art. 7 et suiv.
(4) *Ibid.*, art. 16.
(5) Cass., 17 mai 1843, S., 43, 1, 702.
(6) C. pén., 425, 249.
(7) Voy. *sup.*, n. 1424.
(8) Cass., 28 juill. 1856, S., 56, 1, 811.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

Le chiffre indique la page.

SUITE DU LIVRE II.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Corbeil. — Typ. et stér. de Crété fils.